فهرست الجزء الخامس من شرح المنتقى للباجي رحمه الله

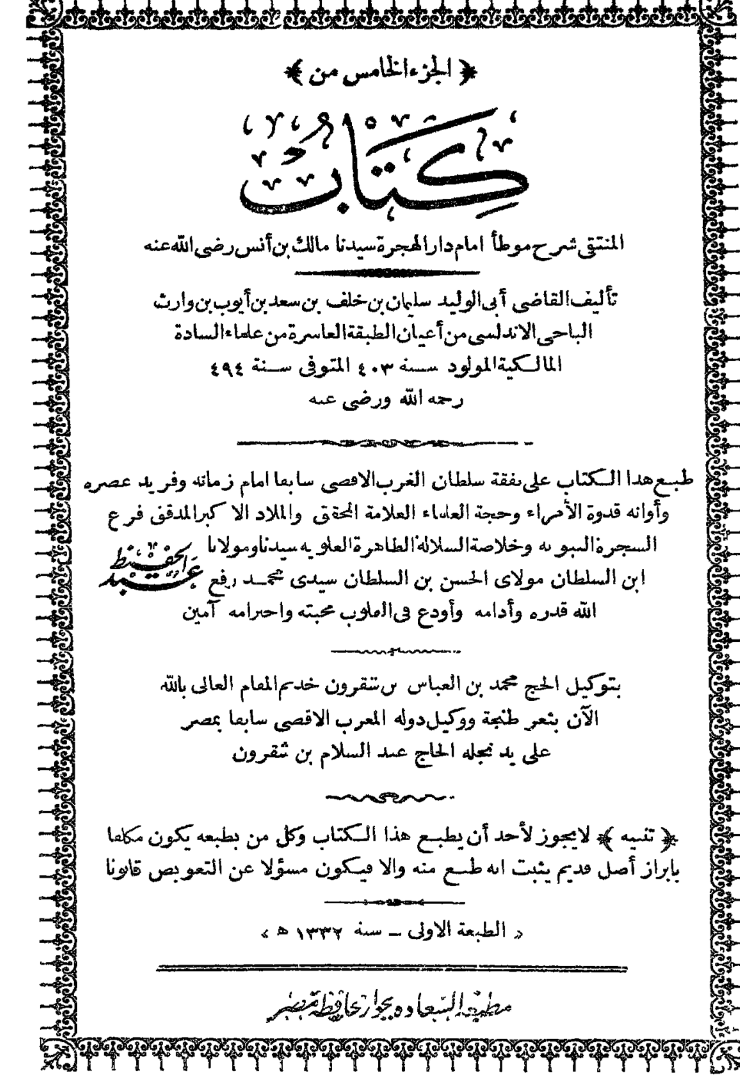
صحيفة

صحيفة

صحيفة

صحيفة

﴿ تمت الفهرست ﴾



﴿ الجزء الخامس من ﴾

كتاب

المنتقى شرح موطأ امام دار الهجرة سيدنا مالك بن أنس رضي الله عنه

تأليف القاضي أبي الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث
الباجي الاندلسي من أعيان الطبقة العاشرة من علماء السادة
المالكية المولود سنة ٤٠٣ المتوفى سنة ٤٩٤
رحمه الله ورضي عنه

طبع هذا الكتاب على نفقة سلطان المغرب الاقصى سابقا امام زمانه وفريد عصره
وأوانه قدوة الأمراء وحجة العلماء العلامة المحقق والملاذ الاكبر المدقق فرع
الشجرة النبويه وخلاصة السلالة الطاهرة العلويه سيدنا ومولانا عبد الحفيظ
ابن السلطان مولاي الحسن بن السلطان سيدي محمد رفع
الله قدره وأدامه وأودع في القلوب محبته واحترامه آمين

بتوكيل الحاج محمد بن العباس بن شقرون خديم المقام العالي بالله
الآن بثغر طنجة ووكيل دوله المغرب الاقصى سابقا بمصر
على يد نجله الحاج عبد السلام بن شقرون

« الطبعة الاولى ــ سنة ١٣٣٢ هـ »

مطبعة السعاده بجوار محافظة مصر



بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ بيع الطعام بالطعام لافضل بينهما ﴾

ص ﴿ مالك أنه بلغه أن سليمان بن يسار قال فني علف حمار سعد بن أبي وقاص فقال لغلامه خذ من حنطة أهلك فابتع بها شعيرا ولا تأخذ الامثله * مالك عن نافع عن سليمان بن يسار أنه أخبره أن عبد الرحمن بن الاسود بن عبد يغوث فني علف دابته فقال لغلامه خذ من حنطة أهلك طعاما فابتع بها شعيرا ولا تأخذ الا مثله * مالك أنه بلغه عن القاسم بن محمد عن ابن معيقيب الدوسي مثل ذلك قال مالك وهو الامر عندنا ﴾ ش قوله رضي الله عنه خذ من حنطة أهلك يحتمل أن يريد به أهل الغلام اذا كان قوتهم من عند سعد بن أبي وقاص اما لأنهم رقيق له أو لأنهم ممن ينفق عليهم غلامه على ما يجب عليه أو على ما جرت به العادة فأمره أن يأخذها على وجه الاقتراض حتى يعيد عليه مثل ذلك ويحتمل أن يريد بأهله أهل سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه وهم موالي نفقته ووصفهم بانهم أهل للغلام بمعنى انهم ممن يسعى عليهم ويتضوى اليهم

(فصل) وقوله فابتع به شعيرا يقتضي جواز بيع الحنطة بالشعير وانه ان كان حقيقة البدل وهو أخص به الا أن اسم البيع ينطلق عليه وقوله ولا تأخذ الامثله يريد المثل في المقدار لأن المماثلة في الصفات محال في القمح والشعير فلم يبق الا المماثلة في القدر ونهيه عن أن لا يأخذ الامثله دليل على تحريم التفاضل فيه عندهم لأنه لا خلاف أن الحنطة أفضل من الشعير وانه لو جاز ذلك لوجدوا بالحنطة من الشعير أفضل من مكيلتها فلم يذكر واذلك لأنه ممنوع عندهم وهذا يقتضي أن الحنطة

﴿ بيع الطعام بالطعام لافضل بينهما ﴾ * حدثني يحيى عن مالك انه بلغه أن سليمان بن يسار قال فني علف حمار سعد ابن أبي وقاص فقال لغلامه خذ من حنطة أهلك فابتع بها شعيرا ولا تأخذ الامثله * وحدثني عن مالك عن نافع عن سليمان ابن يسار أنه أخبره ان عبد الرحمن بن الاسود ابن عبد يغوث فني علف دابته فقال لغلامه خذ من حنطة أهلك طعاما فابتع بها شعيرا ولا تأخذ الامثله * وحدثني عن مالك انه بلغه عن القاسم ابن محمد عن ابن معيقيب الدوسي مثل ذلك * قال مالك وهو الأمر عندنا

والشعير جنس واحد لا يجوز التفاضل بينهما وكذلك السلت عند مالك هو من جنسهما وقال أبو حنيفة والشافعي هي أجناس يجوز التفاضل فيها والدليل على صحة ما ذهب اليه مالك ما قدمناه في كتاب الزكاة من الدليل على أنها جنس واحد واذا ثبت أنها جنس واحد حرم فيها التفاضل ودليلنا أيضا انه مقتات تساوت منفعته فوجب أن يحرم فيه التفاضل كما لو كان برا كله أو شعيرا كله وقد اختلف أصحابنا في العلس وقد تقدم ذكره في الزكاة (مسئلة) وأما الذرة والدخن والارز فالمشهور من المذهب أنها أجناس مختلفة يجوز التفاضل فيها وروى زيد بن بشر عن عبد الله ابن وهب أنه قال الذرة والدخن والارز جنس واحد لا يجوز التفاضل في شيء من ذلك وبه قال الليث وجه القول الأول انفصال بعضها من بعض في المنبت والمحصد ووجه ثان وهو اختصاص بعض البلاد باتخاذ بعضها دون بعض وذلك يدل على اختلاف منافعها وأن بعضها لا يستحيل الى بعض وانما يستدل على ان العينين من جنس واحد بعموم الاتخاذ لهما كالشعير والحنطة واستحالة أحدهما الى الآخر كالحنطة والسلت ووجه الرواية الثانية تقارب المنافع المقصودة منها (مسئلة) وأما القطنية فاختلف قول مالك فيها فمرة قال انها جنس واحد لا يجوز التفاضل فيها ومرة قال هي أجناس مختلفة يجوز التفاضل فيها وبه قال ابن القاسم وابن وهب والليث وهو الاظهر عندي لاختلافها في الصورة والمنافع وعدم استحالة بعضها الى بعض واختصاص بعض البلاد ببعضها دون بعض

(فصل) وقول عبد الرحمن بن الاسود بن عبد يغوث خذ من حنطة أهلك طعاما يقتضي أن مطلق اسم الطعام عندهم كان يقتضي الحنطة وأتى بذلك بعد ذكر الطعام لتغاير الاسماء وقوله وقول سعد وفعل معيقيب رضي الله عنه ولا تأخذ الا مثله يقتضي النهي عن التفاضل بين الحنطة والشعير ولا يعلم لما في ذلك مخالف من الصحابة الا ما روي عن عبادة بن الصامت حديثا مرفوعا وليس بالثابت مع ما يحتمل من التأويل والله أعلم وأحكم ص ﴿ قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا أن لا تباع الحنطة بالحنطة ولا التمر بالتمر ولا الحنطة بالتمر ولا التمر بالزبيب ولا الحنطة بالزبيب ولا شيء من الطعام كله الا يدا بيد فان دخل شيئا من ذلك الاجل لم يصلح وكان حراما ولا شيء من الادم كلها الا يدا بيد ﴾ ش وهذا كما قال انه لا يباع مطعوم بمطعوم من جنسه أو غير جنسه الا يدا بيد والاصل في ذلك أن [illegible] المطعوم فلم يحرم فيه التفرق قبل القبض أصل ذلك الجنس الواحد فان قيل لم اختص تحريم التفاضل بالمقتات وكان تحريم تأخير القبض في جميع المطعوم فالجواب أن تأخير القبض أوسع بابا في المنع من التفاضل لأن تحريم التفاضل يختص بالجنس الواحد وتأخير التقابض يتعلق بالجنسين ولذلك جاز التفاضل بين الذهب والفضة ولم يجز فيه التفرق قبل القبض وكذلك المنع من البيع قبل الاستيفاء أعم من تحريم التفاضل وذلك لا يجوز [illegible] ولا يجوز عند أبي حنيفة بما ينقل ويحول وان كان عنده [illegible] التفاضل ص ﴿ قال مالك ولا يباع شيء من الطعام والادم اذا كان من صنف واحد اثنان بواحد فلا يباع مد حنطة بمدي حنطة ولا مد تمر بمدي تمر ولا مد زبيب بمدي زبيب ولا ما أشبه ذلك من الحبوب والادم كلها اذا كان من صنف واحد وان كان يدا بيد انما ذلك بمنزلة الورق بالورق والذهب بالذهب لا يحل في شيء من ذلك التفاضل ولا يحل الا مثلا بمثل يدا بيد ﴾ ش وهذا كما قال ان ما كان شيئا واحدا من الطعام [illegible] الجنس الواحد لا يجوز التفاضل فيه وفي هذا أن أحدهما [illegible] الجنس [illegible] في [illegible] فأما الارز فان الجنس تارة يكون [illegible] الاصل [illegible]

* قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا أن لا تباع الحنطة بالحنطة ولا التمر بالتمر ولا الحنطة بالتمر ولا التمر بالزبيب ولا الحنطة بالزبيب ولا شيء من الطعام كله الا يدا بيد فان دخل شيأ من ذلك الأجل لم يصلح وكان حراما ولا شيء من الأدم كلها الا يدا بيد

* قال مالك ولا يباع شيء من الطعام والأدم اذا كان من صنف واحد اثنان بواحد فلا يباع مد حنطة بمدي حنطة ولا مد تمر بمدي تمر ولا مد زبيب بمدي زبيب ولا ما أشبه ذلك من الحبوب والأدم كلها اذا كان من صنف واحد وان كان يدا بيد انما ذلك بمنزلة الورق بالورق والذهب بالذهب لا يحل في شيء من ذلك التفاضل ولا يحل الا مثلا بمثل يدا بيد

الاجناس بنفسه كالتمر والعنب وتارة يكون جنسا بالصناعة كالخبز والخل الذي لا يفارق أصله ويتغير عن جنسه بالصناعة والعمل فأما ما يكون جنسا بنفسه كالتمر على اختلاف أنواعه فانه جنس واحد والتين كله جنس واحد حكى ابن المواز أنه لا يجوز التفاضل فيه وان كان منه ما ييبس ومنه ما لا ييبس فان حكم جميعه حكم غالبه وهو انه ييبس فلا يجوز فيه التفاضل * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه وعندي أنه جنس واحد على اختلاف أنواعه أبيضه وأسوده والعنب كله نوع واحد وان كان منه ما يزبب وما لا يزبب فانه لا يجوز التفاضل بين هذين النوعين ولا بين سائر أنواعه وزيتون الشام وزيتون مصر نوع واحد لا يجوز فيه التفاضل وان كان زيتون مصر لا زيت فيه وزيتون الشأم فيه الزيت ولبن الضأن والماعز والبقر والابل جنس لا يجوز فيه التفاضل وان كان لبن الابل لا زبد فيه ولبن سائر الانعام فيه الزبد والانيسون والشمار جنس واحد وكذلك الكمونان جنس واحد حكى ذلك الشيخ أبو محمد عن ابن المواز عن ابن القاسم والأظهر عندي اذا قلنا انها من الطعام أن تكون أجناسا مختلفة لاختلاف منافعها وتباين الاغراض فيها وانها لا تتمازج في منبت ولا محصد ولا يجزئ بعضها عن بعض في شئ ولا تتقارب في صورة وانما يجمعها اسم الكمون وليس بظاهر في الكمون الاسود لأن اسم الشونيز أظهر وأكثر استعمالا (مسئلة) فأما الفلفل والكراويا وحب الكزبرة والقرفة والسنبل والقرطم والخردل فأجناس مختلفة حكاه ابن المواز عن أصبغ وحكاه في التوابل عن مالك والثوم والبصل جنسان مختلفان قاله ابن حبيب ووجه ذلك ما قدمناه

(فصل) وأما تغير الجنس بالصناعة فعلى ضربين أحدهما صناعة تخرج المصنوع عن جنس أصله والثاني صناعة تجمع بينه وبين ما ليس من أصله فأما الاول فانه على قسمين قسم يكون بالنار وقسم بغير نار فأما ما يكون بالنار فانه على وجهين أحدهما أن تنفرد الصناعة بتأثير النار دون اضافة شئ اليه فما كان منه لا ينقص عبرة المصنوع فيما جرت عادته أن يعبر به من كيل أو وزن كقلي الحنطة والحمص والفول وسائر ما يقلى من الحبوب فانها لا ينقص كيل المقلي وهو مما يعبر به فهذا يغير الجنس لأن عمل النار كالامر الثابت فيه والمعنى المضاف اليه بخلاف شئ اللحم اللحم وطبخه فانه ينقص من عين المشوى على وجه التخفيف واذهاب اجزاء رطوبته كتزبيب العنب وتيبيس التمر والتين فلا تغير الجنس (مسئلة) والوجه الثاني أن تكون الصناعة بالنار يقترن بها ما تتم الصناعة به من ملح وابزار وزيت وخل وصرق وغير ذلك مما انضاف اليه منه ما تكون النهاية المعتادة من عمله ويسمى صناعة كالابزار والمرقة في طبخ اللحم والماء والملح في الخبز فهذا يغير الجنس لمعنى واحد وهو تغييره بالنار وبما يضاف اليه في الأغلب من نهاية عمله فأما الخبز فلو جهين أحدهما أن الماء والملح هو النهاية من عمله في الأغلب والوجه الثاني ان النار لا تؤثر فيه نقصا من وزنه دقيقا وأما طبخ اللحم بالماء والملح خاصة فانه لا يغير الجنس لانه يؤثر فيه نقصا وليس بالغاية المعتادة من صناعته فلم تكن صناعة فيه ولا جنسا مخصوصا منه (فرع) واختلاف ما يطبخ به ليس باختلاف جنس فيه كالقلية بالخل والقلية بالمرق والقلية بالعسل والقلية باللبن كل ذلك جنس واحد لا يختلف جنسه لاختلاف ما قلي به لان المعتبر هو اللحم (مسئلة) وأما القسم الذي يكون تغيره بغير نار مما يتغير بطول المدة وينتقل الى قلي الطعام الثابت له بنهاية النضج كتخلل العصير وأما اعتبار طول المدة فلانا انما نراعي في الجنس المنافع والمقاصد فاذا بيع العصير بالعنب وهو مما يمكن أن يصير

عصيرا من وقته أو فى مدة يسيرة فالمقصود من العنب العصير فيدخله المزابنة والتفاضل فيما لا يحل التفاضل فيه وإذا بيع العنب بالخل والخل لا يتأتى من العنب الا بعد مدة طويلة فليس بمقصود من العنب كما لا يقصد الخل بشراء التمر ولا يقصد التمر بشراء الخل ويجوز التفاضل فيهما لبعد تغير أحدهما الى الآخر وأما اعتبار الطعام الثابت بنهاية النضج فلانه غاية الثمرة والمطلوب منها فلا يخرجها وجوده عن جنسها لانه من تمام جنسها والمحقق لها فيه وأما ما ينتقل اليه بعد ذلك مما هو ضد له كالحوضة والتخلل فى العصير فانه مغير للجنس لانه ليس من جنس العنب والتمر بسبيل بل يمنعه أن يستعمل على الوجه الذى يستعمل عليه مع وجود طعم للاصل ويحدث فيه منفعة غيرها وانما نص مالك على خل التمر ثم قاس ابن القاسم عليه خل العنب بالعنب فجوزه روى محمد عنه أنه قال لا أدرى ان كان يطول كالتمر فلا بأس به فهذا يدل على تعلقه فى هذا الوجه بالطول دون الطعم وقال المغيرة فى المدنية لا يحل خل التمر بالتمر ولا خل العنب بالعنب ولا بأس بخل التمر بالعنب وخل العنب بالتمر فلم يجعل لغير الطعم صناعة تغير الجنس وروى أبو زيد بن ابراهيم عن ابن الماجشون انما يجوز ذلك فى اليسير ولا يجوز فى الكثير للمزابنة وكذلك الدقيق بالقمح (فرع) فاذا عللنا بالطول فلا يصح خل التمر بنبيذه متفاضلا روا فى العتبية يحيى عن ابن القاسم وعلل بتقارب المنافع ولعله أراد بتقارب انتقالها والا فنافعها وأغراضها متباينة وكذلك لا يجوز خل التمر بنبيذ الزبيب وأما اذا عللنا بما تقدم من الطعم واختلاف الأغراض فانه يجوز بيع الخل بالنبيذ متفاضلا لما قدمناه وقد روى أبو زيد عن ابن القاسم فى العتبية لا بأس بالفقاع بالقمح وهذا لا يعلم فيه التساوى وانما يخرج عن طعم الأصل على هذا الوجه بتغير الجنس وليس فيه غير تغير الطعم (مسئلة) وأما الضرب الثانى فى الصناعة التى تجمع بين الشئ وبين ما ليس من أجناسه فى الأصل فهو أن تكون الصناعة تغير الأجناس وتصيرها جنسا واحدا لاختلاف منافع أصولها واتفاق الأغراض فيما تخرجه اليه الصناعة منها كخل التمر وخل العنب وخل العسل فهذه أجناس مختلفة يجوز التفاضل فيها وخلها كلها جنس واحد لا يجوز التفاضل فيه زاد ابن القاسم فى المدنية وكذلك كل خل اختلفت أصنافه أو لم تختلف وقاله ابن نافع قال عيسى بن دينار هذه الآخرة خطأ ولذلك قلنا فى الابل والبقر والغنم انها أجناس مختلفة لاختلاف الأغراض فيها وان لحومها وألبانها جنس واحد لاتفاق الأغراض فيها (مسئله) وأما نبيذ التمر ونبيذ العنب ففى كتاب أبى الفرج منها صنفان وفى المدونة عن مالك انها جنس واحد ووجه الرواية الأولى انه لما كان التمر والعنب جنسين مختلفين والانتباذ ليس بصناعة تغير الجنس وجب أن يكون نبيذ أحدهما من غير جنس نبيذ الآخر لانه يستحيل أن يكون نبيذ العنب من جنس نبيذ التمر ونبيذ التمر من جنس نبيذ العنب ومع ذلك فيكون العنب من غير جنس التمر ووجه الرواية الثانية تساوى النبيذين فى الاسم والصورة والمنفعة الا أنه كان يجب على هذا أن يكون الانتباذ صنعة وقد تقدم رواية أبى زيد عن ابن القاسم بتجويز الفقاع بالقمح وهذا يقتضى كون الانتباذ صنعة والله أعلم (مسئلة) وأما الخبز فانه من القمح والشعير والسلت جنس واحد وقال أشهب فى كتاب محمد فى خبز القمح والشعير والسلت والأرز والذرة والدخن انه صنف واحد لا يجوز فيه التفاضل وأما خبز القطنية ففى كتاب محمد عن ابن القاسم أن ذلك أصناف مختلفة وحكى عن أشهب أنه صنف واحد وجه قول ابن القاسم ان الخبز ليس بمعتاد فيها وانما المعتاد فيها التأدم بها ولذلك قاربت ما يختبز غالبا من الذرة والدخن والأرز ووجه قول أشهب ان هذه حبوب تتخذ خبزا فاذا

تقاربت منافع خبزها وجب أن تكون جنسا واحدا كالدخن والذرة * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه ويصح عندي أن نبني القولين على اختلاف قول مالك في أصولهما من القطاني هل هو جنس واحد أو أجناس مختلفة وقد قال ابن القاسم ان سويقها جنس واحد لا يجوز التفاضل فيه فالفرق بينه وبين خبزها انها لا تتخذ خبزا غالبا وتتخذ سويقا غالبا وقال أشهب ان خبز القطنية جنس مخالف لخبز القمح والشعير والسلت والذرة والدخن والأرز والفرق بينهما أن هذه تتخذ خبزا غالبا وهذه لا تتخذ في الغالب خبزا (فرع) فاذا قلنا ان الخبز صنف يجوز التماثل فيه فكيف يكون التماثل فيه ذهب الجمهور من أصحابنا ان المراعى فيه تماثل الدقيق في الخبزين من أصل واحد وقاله أصبغ في هريسة القمح بالارز المطبوخ وهذا عندي على الاطلاق غير ظاهر بل يجب أن يكون التماثل فيه بالوزن ويعتبر بنفسه دون أصله لان الصنعة قد غيرته عن جنس أصله فكيف يعتبر أصله وهو يجوز التفاضل بينه وبين أصله ولو جاز هذا لما جاز بيع الرطب بالرطب لاختلافهما حال الادخار ولما جاز التمر بالتمر لاختلافهما حال الارطاب أو لاختلافهما في الجفوف ولوجب أن لا يجوز بيع النبيذ بالنبيذ متساويا على قولنا بوجوب التساوي فيه لانه لا يستطاع تحري تمر كل واحد منهما ولوجب مثل هذا في الخل بالخل واللحم المطبوخ باللحم المطبوخ (مسئلة) وأما الطحن فليس بغير للجنس خلافا لعبد العزيز بن أبي سلمة في قوله انه يغير الجنس والدليل على صحة ما نقوله ان الطحن ليس فيه أكثر من تفريق الأجزاء وذلك لا يغير الجنس ككفت الخبز (فرع) فاذا قلنا انه ليس يغير الجنس فهل يجوز بيع الدقيق بالحنطة متساويا عن مالك في ذلك روايتان احداهما المنع والاخرى الاباحة اختلف أصحابنا في توجيه الروايتين فنهم من قال انهما قولان على الاطلاق وجه المنع ان الطحن ليس بجنس فوجب التماثل فيه بالكيل الذي يعتبر به وعلى تساويهما في الصفة ومن كونهما قمحا أو دقيقا وأما اذا اختلفا اختلافا يوجب عدم العلم بتساويهما حال تساويهما في الصفة ومن كونهما قمحا أو دقيقا فانه لا يجوز ذلك فيهما كالزيت بالزيتون والدسم بالسرج ووجه رواية الاباحة أن الكيل معنى يعتبر به التماثل فوجب أن لا يراعى فيه كثرة اجزاء المكيل وقلتها كالتمر الصغير بالتمر الكبير كيلا ومن أصحابنا من قال ان الروايتين انما هما لاختلاف الحالتين فيجوز على وجه ويمنع على وجه واختلف القائلون بذلك في وجه الاباحة فقال بعضهم يجوز كيلا لا وزنا ولا تحريا ومنهم من قال يجوز وزنا لا يجوز كيلا ووجه اعتبار وزن المكيل ان التماثل في الكيل لا يصح الابتداء [illegible] التماثل وجب أن يراعى والله أعلم وأحكم ووجه اعتبار الوزن ان المعنى المبيح لبيع المقتات بجنسه التماثل فاذا تعذر مقداره انتقل الى غيره كالتمر بالتمر المكيل

(الباب الثاني في ما يقع التماثل به في المقادير)

أما ما يقع التماثل به في المقادير [illegible] على ضربين أحدهما أن يكون له مقدار في الشرع والثاني أن لا يكون له مقدار في الشرع فاما [illegible] له مقدار مشروع فكالكيل في الحبوب لان النبي صلى الله عليه وسلم [illegible] [illegible] وحكم الحبوب [illegible] [illegible] الزكاة وكان الكيل [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible]

[illegible] [illegible] (مسئلة) وأما الذي له مقدار في الشرع فانه على ضربين أحدهما [illegible] [illegible] [illegible] الكيل أو الوزن والثاني أن لا يكون له مقدار [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible]

بلد وكذلك الخبز عبرته الوزن على كل حال فهذا أيضا لا يجوز التساوي فيه بمقدار غيره فكذلك ما يعتبر بالكيل في كل بلد من الحبوب المقتاتة (مسئلة) فأما ما يختلف حكمه وتقديره باختلاف عادات البلاد فكالسمن واللبن والزيت والعسل الذي عادات بعض البلاد فيه الوزن وبعضها الكيل (مسئلة) وأما الضرب الثاني وهو ما لا يتقدر بكيل ولا وزن فكالبيض والجوز عند من يجري فيها الربا ص ﴿ قال مالك وإذا اختلف ما يكال أو يوزن مما يؤكل أو يشرب فبان اختلافه فلا بأس أن يؤخذ منه اثنان بواحد يدا بيد ولا بأس أن يؤخذ صاع من تمر بصاعين من حنطة وصاع من تمر بصاعين من زبيب وصاع من حنطة بصاعين من سمسم فاذا كان الصنفان من هذا مختلفين فلا بأس باثنين منه بواحد أو أكثر من ذلك يدا بيد فان دخل في ذلك الأجل فلا يحل قال مالك ولا تحل صبرة الحنطة بصبرة الحنطة ولا بأس بصبرة الحنطة بصبرة التمر يدا بيد وذلك أنه لا بأس أن يشترى الحنطة بالتمر جزافا * قال مالك وكل ما اختلف من الطعام والادم فبان اختلافه فلا بأس أن يشترى بعضه ببعض جزافا يدا بيد فان دخله الأجل فلا خير فيه وانما اشتراء ذلك جزافا كاشتراء بعض ذلك بالذهب والورق جزافا وقال مالك وذلك أنك تشترى الحنطة بالورق جزافا والتمر بالذهب جزافا فهذا حلال لا بأس به ﴾ س وهذا كما قال ان ما اختلفت منافعه والمقاصد منه فتبين ذلك فيه فهذا الذي يعبر عنه بأنهما جنسان مختلفان فلا بأس أن يؤخذ من أحدهما اثنان بواحد من الآخر وذلك كالحنطة والتمر لا بأس بصاعين من أحدهما بصاع من الآخر وكذلك سائر الأجناس المختلفة وقوله فان دخل ذلك الأجل فلا يحل يريد أنه وان جاز فيه التفاضل بين الجنس من المطعوم فلا يجوز الأجل بينهما متساويين ولا متفاضلين لان العلة في منع ذلك التفرق قبل القبض في المطعوم ان دون مراعاة جنس ولا مساواة (مسئلة) ومن اشترى من رجل ثوبا بقفيز حنطة فدفع اليه الحنطة فأتلفها ثم أقاله قبل قبض الثوب على أن يرد اليه مثلها جاز وانما راعى في ذلك المال انه [illegible] حنطة بحنطة الى أجل لان الغرض [illegible] والتهمة [illegible] يجوز في [illegible] وانما بلغه حكم [illegible] وكذلك [illegible] حنطة [illegible] الى أجل فأقاله منه قبل الأجل أن [illegible] اليه [illegible] ولا يجوز أن يرد اليه من غير نوعه لان ذلك طعام بطعام الى أجل

(فصل) وقوله لا تحل صبرة الحنطة بصبرة الحنطة وذلك قد يريد ان الصبرة مجهولة القدر فاذا كان العوضان مجهولي القدر لم يصح فيما يحرم فيه التفاضل لان الجهل بالتساوي فيه كالعلم بالتفاضل لانه عقد البيع على وجه لا يأمن التحريم فيه ومن شرط صحة العقد أن يعلم اباحته فلا يجوز الجزاف في يسيره ولا كثيره فمتى عجز عن كيله بطلت المبادلة بخلاف الذهب في الدنانير القائمة التي يجوز بدل الدينار والدينارين اذا كانا ناقصين بدينار أو دينارين وازنين لان للدنانير [illegible] الوزن وهو العدد فصح الرجوع اليه على وجه ما وأما الحنطة فلا عبرة لها [illegible] الكيل فلا يجوز المبادلة فيها الا [illegible] ولا يلزم على هذا التحرى [illegible] في الوزن ومن جوز في المكيل ففي [illegible] كيل

(فصل) وقوله ولا بأس بصبرة الحنطة بصبرة [illegible] يدا بيد [illegible] ذلك أن التفاضل [illegible] بينهما [illegible] واحد منهما من جنس الآخر فالجهل بالتساوي فيهما لا يمنع صحة البيع كالا [illegible] التفاضل [illegible] بمنزلة الجنس الواحد مما لا يجوز فيه التفاضل فلا يجوز بعضه ببعض جزافا مع [illegible] التساوي والتفاضل لان الجنسين لما اختلف الأغراض [illegible] عما تقدم المغابنة

* قال مالك واذا اختلف ما يكال أو يوزن مما يؤكل أو يشرب فبان اختلافه فلا بأس أن يؤخذ منه اثنان بواحد يدا بيد ولا بأس أن يؤخذ صاع من تمر بصاعين من حنطة وصاع من تمر بصاعين من زبيب وصاع من حنطة بصاعين من سمن فاذا كان الصنفان من هذا مختلفين فلا بأس باثنين منه بواحد أو أكثر من ذلك يدا بيد فان دخل في ذلك الأجل فلا يحل * قال مالك ولا تحل صبرة الحنطة بصبرة الحنطة ولا بأس بصبرة الحنطة بصبرة التمر يدا بيد وذلك انه لا بأس أن يشترى الحنطة بالتمر جزافا * قال مالك وكل ما اختلف من الطعام والأدم فبان اختلافه فلا بأس أن يشترى بعضه ببعض جزافا يدا بيد فان دخله الأجل فلا خير فيه وانما اشتراء ذلك جزافا كاشتراء بعض ذلك بالذهب والورق جزافا قال مالك وذلك انك تشترى الحنطة بالورق جزافا والتمر بالذهب جزافا فهذا حلال لا بأس به

في الكيل بينهما ولا قصد كل واحد منهما أن يكون ما أخذ من الكيل أكثر مما أعطى لأن له في ذلك غرضا غير الغبن في القدر هو أبين منه وأظهر وهو مخالفة منفعة ما أعطى لمنفعة ما أخذ وإذا كانا من جنس واحد وتقاربا كان الأظهر انه انما قصد كل واحد منهما غبن صاحبه في القدر وذلك من باب المخاطرة التي تمنع صحة البيع والمبادلة فاذا تفاوتت المقادير حتى تبين ان أحدهما أكثر من الآخر جاز ذلك بينهما لعدم معنى الغرر والمخاطرة بزيادة الكيل ونقصه

(فصل) وقوله وانما ذلك لاشترائه بالذهب أو الورق جزافا بمعنى ان اشتراء الحنطة بالتمر جزافا لما كان من جنسين مختلفين جائز كاشتراء الحنطة جزافا بالذهب كان هذا لا خلاف فيه فكذلك ماقسنا عليه ص ﴿ قال مالك ومن صبر صبرة طعام وقد علم كيلها ثم باعها جزافا وكتم على المشتري كيلها فان ذلك لا يصلح فان أحب المشتري أن يرد ذلك الطعام على البائع رده بما كتمه كيله وغره وكذلك كل ما علم البائع كيله وعدده من الطعام وغيره ثم باعه جزافا ولم يعلم المشتري ذلك فان المشتري ان أحب أن يرد ذلك على البائع رده ولم يزل أهل العلم ينهون عن ذلك ﴾ ش قوله من صبر صبرة طعام فباعها جزافا الصبرة من الطعام وغيره تباع على ضربين أحدهما أن تباع على الكيل مثل أن يقول بعتك هذه الصبرة على أن فيها عشرة أرادب بعشرة دنانير فهذا لا خلاف في جوازه لانه انما باعه منها هذا المقدار كل اردب بدينار فان وجد فيها أكثر من عشرة أرادب فالبيع لم يتناول منها الا العشرة أرادب وان وجد فيها تسعة أرادب كان له من الثمن بقدر ذلك والثاني أن يبيعها جزافا على ما قال وهو أن يقول ابتعتك هذه الصبرة بعشرة دنانير ومعنى ذلك أن العشرة دنانير ثمن لجميعها وان البيع قد تناول جميعها ولم يبع على عدد ما يعتبر به زيادتها عليه أو نقصها عنه وهذا جائز عند مالك ووجه ذلك أن هذا مما يتأتى فيه الحزر ويقل فيه الغرر ولا يظهر فيه القصد الى المخاطرة والمغابنة فجاز بيعه جزافا * وقال القاضي أبو محمد يجوز الجزاف في كل مكيل كالحنطة أو موزون كاللحم أو معدود كالجوز والبيض مما الغرض في مبلغه دون أعيانه ولا آحاده وأما ما ليس بمكيل ولا موزون ولا معدود مما الغرض في أعيانه كالخيل والرقيق والثياب فلا يجوز فيه الجزاف لان آحاده تحتاج الى أن تفرد بالنظر والمعرفة بحاله وسلامته من العيوب وقيمته في نفسه (مسئلة) اذا ثبت ذلك فقد قال ابن حبيب ان الأترج والبطيخ المختلف المقادير يجوز بيعه جزافا ووجه ذلك عندي أن يكون الغرض منه المبلغ خاصة ولذلك يتأتى حزره وأما لو اختلف من صغيره وكبيره لوجب على طريقهم أن لا يجوز ذلك فيه وأما ان عللنا الجواز برؤية جميعه فهو جائز

(فصل) اذا ثبت ذلك فان لبيع الجزاف ثلاثة شروط وقد ذكرنا واحدا منها وهو أن يكون المبيع يتأتى فيه الحزر والثاني أن لا يعلم المتبايعان أن أحدهما ينفرد بمعرفة مقداره والثالث أن يكون من الكثرة بحيث يخفى أمره ومبلغه على التحقيق فأما الشرط الأول فقد تقدم ذكره ويجب أن يكون ذلك مرئيا وأما الغائب الذي لم تتقدم رؤيته أو الثابت في الذمة فلا يتأتى حزره وقد فسره سحنون من قول ابن القاسم في العتبية ووجه ذلك أن الحزر لا يمكن الا بالنظر الى ما يجوز فلا يصلح الجزاف فيه ولذلك لا تصح من الأعمى شهادة فيه وقد روى أشهب وابن نافع عن مالك لا يجوز أن تباع الدار الغائبة على الصفة الا مذارعة وقال سحنون مثله (مسئلة) وأما الشرط الثالث فان معنى الجزاف أن لا يعلم مقداره على التحقيق فان علم ذلك منه خرج عن الجزاف وصار معلوما فيجب أن يكال أو يعرف والمتاع فيه البائع فان انفرد أحدهما بمعرفته دون الآخر

* قال مالك ومن صبر صبرة طعام وقد علم كيلها ثم باعها جزافا وكتم على المشتري كيلها فان ذلك لا يصلح فان أحب المشتري أن يرد ذلك الطعام على البائع رده بما كتمه كيله وغره وكذلك كل ما علم البائع كيله وعدده من الطعام وغيره ثم باعه جزافا ولم يعلم المشتري بذلك فان المشتري ان أحب أن يرد ذلك على البائع رده ولم يزل أهل العلم ينهون عن ذلك

وعقد البيع على ذلك فقد دخل الغرر فلا يجوز هذا العقد رواه القعنبي عن مالك خلافا لأبي حنيفة والشافعي والدليل على ما نقوله ما روى عبيد الله بن عمر عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الحصاة وبيع الغرر ودليلنا من جهة المعنى انه باع جزافا ما يعلم قدر كيله على الانفراد بعامه فلم يجز كما لو قال له أبيعك مل ء هذه الغرارة وهو يعلم كيلها (فرع) اذا ثبت ذلك فان انعقد البيع على هذا فان ابن حبيب روى عن مالك انه قال يفسخ ولا يلزم على هذا قول ابن القاسم فيمن باع عبدا على الاباق ولم يبين مقداره ان البيع صحيح وله الرد بالعيب اذا تبين له منه التفاوت والفرق بينهما ان ذلك له مقدار يرجع اليه ويطالب به وليس له في مسئلتنا مقدار يرجع اليه ويعول المبتاع عليه ووجه آخر ان البيع في الجزاف على اللزوم والرضا بالخطر وكتمان ما علم منه وليس كذلك في مسئلة الاباق فانه لم يبن عليه بل المبتاع لم يسئل البائع عن دراباقه ولو بنى معه على مثل ذلك في اللزوم في جميع أنواع الاباق وكتمان ما قد علم منه لكان بمنزلة الجزاف في فساد البيع (فرع) فان علم ذلك البيع وكتم صاحبه فهو عيب يرد به المبتاع على البائع ان شاء والدليل على ذلك ان المشترى في حوزه عشرة أقفزة ولو علم بأنها ثمانية لما ابتاعه بذلك الثمن فاذا علم البائع بذلك فقد علم من عيب النقص ما لم يطلع عليه المشترى فكان له رده عليه بذلك العيب فاذا استوى علمهما في ذلك كان بمنزلة أن يبيعه على البراءة فلا يكون له الرد بعيب لانه قد ائتمنه على ذلك ولا يمين عليه لانه ليس له مقدار ظاهر عول عليه وانما عول في بيع البراءة على الصحة فكانت له اليمين عليه لانه قد تساوى علمهما في عدم العيب (مسئلة) وهذا حكم ما جوزف بمقداره الذي هو أصل في اعتباره كالكيل في المكيل والوزن في الموزون اذا لم يكن له معنى يعتبر به غير ذلك فأما ما كان له معنيان يعتبر بهما فبيع على أحدهما وجوزف في الآخر مع علم أحد المتبايعين بمقداره فيه فان ذلك لا يرد به ولا يفسد به بيع كالدراهم التي تعتبر بالوزن والعدد فبيعت في بلد تجزى به على الوجهين بأحدهما (مسئلة) وأما المعدود فان كانت مقاديره لا تتفاوت بالصغر والكبر فحكمه حكم المكيل والموزون وأما ما تختلف مقاديره وتتفاوت كالقثاء والبطيخ والأترج فقد روى ابن وهب عن مالك في المبسوط بيعه ممن يعرف عدده جزافا وقال ابن المواز اذا عرف أحد المتبايعين عددهما أوغيره لم يجز بيعه جزافا ووجه الرواية الأولى ان الغرض في مبلغه دون عدده فاذا انفرد بمعرفة عدده فلم ينفرد بمعرفة المقدار المقصود منه كما لو انفرد بمعرفة عدد القمح أو معرفة وزنه ووجه قول ابن المواز ان هذا انفرد بمعرفة ما يتقدر به المبيع في البيع فوجب أن لا يجوز كما لو انفرد بمعرفة كيل القمح (مسئلة) اذا ثبت ذلك فقد يكون الجزاف صبرة في الارض ويكون اناء مملوأ كالعدل المملوء قمحا والبيت المملوء تمرا فأما القسم الاول فلا خلاف في ثبوت حكم الجزاف له وأما القسم الثاني فهل يكون جزافا أو كيلا مجهولا اختلف أصحابنا في مسائل على ذلك فاذا قلنا انه من باب الجزاف فيجوز بيع العدل المملوء قمحا والبيت المملوء تمرا اذا أمكن حزر المبيع وتقديره بمعرفة طول البيت وعرضه وارتفاعه وغلظ جدره وكذلك لو ابتاع منه سله مملوءة عنبا أو تينا وأما ان ابتاع منه مل ء هذا العدل من القمح والعدل لا قمح فيه أو ملء هذا البيت تمرا أو هذه القارورة ذهبا أو هذه السلة عنبا فان ذلك غير جائز على هذا القول لان هذا جزاف غير مرئي والجزاف يجب أن يكون مرئيا وقد قال ابن القاسم فيمن اشترى من رجل قدر كيل هذه الصحفة من حله أم لا يجوز وروى أبو زيد عنه جوازه في سلة التين والعنب أن يشترى منه مثلها وفرق بينهما

وبين اعدال القمح بأن قال كما يجوز السلم في سلل التين ولا يجوز في سلل القمح فالرواية الأولى مبنية على أن هذا من باب الجزاف فلذلك لم يجز الا مرئيا والرواية الثانية مبنية على أنه من باب الكيل المجهول فلذلك جاز في العنب لانه ليس له في الكيل قدر معروف ولا يجوز في القمح لان له في الكيل قدرا معروفا فالعدول عنه الى غيره من الكيل المجهول من باب الغرر الذي يمنع صحة البيع وقد يجوز ذلك في العدل المملوء من القمح وذلك على أحد وجهين إما على قولنا انه صبرة فلا يجوز أن يبيعه مل ء هذا العدل لانه من باب الكيل المجهول وفيه القولان لابن القاسم على ماتقدم ولا خلاف على مذهب ابن القاسم أن من ابتاع طعاما أوغيره مماله قدر بحيث الناس كيل معلوم بغير ذلك الكيل انه لا يجوز وانما يجوز ذلك عنده في التبن والعلف بحيث لا كيل للناس ووجه منعه القصد الى الغرر للعدول عن المقادير المعروفة وابتياع صبرة غير مرئية (فرع) فان وقع فهل يفسخ أم لا قال أشهب لا يفسخ وقال غيره يفسخ وجه قول أشهب ان هذا غير مجهول القدر فلم يجز فسخه أصل ذلك الصبرة ووجه ايجاب الفسخ نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر ومن جهة المعنى انه يتعذر فيه الحزر ويكثر فيه الغرر فمنع صحة البيع أصل ذلك الجزاف في الثياب (مسئلة) وكل شيء له مقدار معروف فلا يجوز بيعه بغيره فلا يجوز بيع المكيل بالوزن ولا الموزون بالكيل لانه اذا لم يجز بغير الكيل المعروف فبأن لا يجوز بغير الكيل أولى فأما بيع المكيل عددا بما يمكن ذلك كالرطب فان مالكا يمنع منه ورواه أبو زيد عن ابن القاسم وقال ابن وهب لا بأس به اذا أجازه بصبرة بجميعه وقال ابن القاسم يجوز ذلك في اليسير الذي لا يمكن فيه الكيل ووجه قول مالك انه اعتبر المبيع بما لا يتقدر به فوجب أن لا يصح كما لو بيع المكيل بالوزن ووجه ماقاله ابن القاسم انه لما لم يتأت فيه الكيل خرج عن أن يكون مكيلا

(فصل) وكذلك كل ماعلم البائع كيله وعدده من الطعام وغيره ثم باعه جزافا ولم يعلم المشترى ذلك يريد مما يجوز فيه الجزاف ليبين أن المعدود حكمه في ذلك حكم المكيل فان علم عدده البائع فباعه جزافا ولا يعلم المشترى بعلمه لذلك فان ذلك كالعيب الذي للمبتاع الرد به أو الرضا به ولا يفسد بذلك البيع ووجهه ان الذي يفسد البيع انما هو معرفة المبتاع لعلم البائع بقدر الكيل فيقدم في ابتياعه على هذا الغرر وهذا معلوم في مسئلتنا

(فصل) وقوله ولم يزل أهل العلم ينهون عن ذلك يريد عن كتمان علمه لما فيه من التدليس بما يوجب الخيار للبائع ولو أعلمه انه قد علم بذلك لما جاز له أن يبيعه منه جزافا وانما كان يجوز له بيعه منه ومن غيره بعد أن يعلمه بمقداره من الكيل في المكيل والوزن في الموزون والعدد في المعدود فيبيعه على ذلك ص * قال مالك ولا خير في الخبز قرص بقرصين ولا عظيم بصغير اذا كان بعض ذلك أكثر من بعض فأما اذا كان يتحرى أن يكون مثلا بمثل فلا بأس به وان لم يوزن * ش وهذا كما قال انه لاخير في قرص بقرصين عددا ولا عظيم بصغير على الجزاف لان التساوي معدوم فيهما وأما التحري فيهما فيصح اذا تحرى تساويهما ووجه ذلك على الظاهر من المذهب أن يتحرى مافي كل واحد منهما من الدقيق الا أن ظاهر هذا اللفظ يقتضي تحري الخبز دون الدقيق لانه قال فلا بأس بذلك وان لم يوزنا وهذا انما يستعمل فيما يصح أن يوزن ويكون الموزون أبين في صحة العقد عليهما واذا رأى عبيا في تحري الدقيق لم يصح وزن مافي القرصين من الدقيق بل ذلك أوهن في صحة العقد لان تحري مافيهما من الدقيق يشق ويكاد أن لا يصح ولو كثر القول بهذا في المذهب لكان عندي أصح وبالله التوفيق

* قال مالك ولا خير في الخبز قرص بقرصين ولا عظيم بصغير اذا كان بعض ذلك أكبر من بعض فأما اذا كان يتحرى أن يكون مثلا بمثل فلا بأس به وان لم يوزن

(مسئلة) وأما بيع الدقيق بالعجين تحريا فقد اختلف قول مالك في بيع اللحم الطري بالقديد والمشوي فجوزه أولا على التحري ثم منع منه بكل وجه فأما منع بيع أحدهما بالآخر على التساوي بالوزن فلا يجوز لان ما في أحدهما من الرطوبة قد عدمت في الآخر وذلك يمنع صحة التساوي فيهما كالرطب بالتمر وأما بالتحري فان التحري يتعذر في ذلك في الأغلب ولا يكاد يوصل الى حقيقته كبيع الرطب بالتمر على التحري ص ﴿قال مالك لا يصلح مد زبد ومد لبن بمدي زبد وهو مثل الذي وصفنا من التمر الذي يباع صاعين من كبيس وصاعا من حشف بثلاثة أصوع من عجوة حين قال لصاحبه ان صاعين من كبيس بثلاثة أصوع من عجوة لا يصلح ففعل ذلك ليجيز بيعه وانما جعل صاحب اللبن اللبن مع زبده ليأخذ فضل زبده على زبد صاحبه حين أدخل معه اللبن * قال مالك والدقيق بالحنطة مثلا بمثل لا بأس به وذلك لأنه أخلص الدقيق فباعه بالحنطة مثلا بمثل ولو جعل نصف المد من دقيق ونصفه من حنطة فباع ذلك بمد حنطة كان ذلك مثل الذي وصفنا لا يصلح لانه انما أراد أن يأخذ فضل حنطته الجيدة حين جعل معها الدقيق فهذا لا يصلح﴾ ش وهذا كما قال ان اللبن والزبد مما يحرم فيه التفاضل لان كل واحد منهما مقتات ولان السمن يدخر وهو منها فلا يجوز لذلك بيع مدي زبد بمد زبد ومد لبن لانه لا يعلم تساوي مدي الزبد مع ما في اللبن من الزبد والزبد الذي معه والجهل بالتساوي فيما يجري فيه الربا يمنع صحة العقد فكيف وقد تبين فضل مدي الزبد على ما في اللبن من الزبد وما معه من الزبد ويحرم أيضا من وجه آخر وهو أن ما يجري فيه الربا لا يجوز بيعه بأصله الذي فيه منه فلا يجوز بيع الزبد باللبن وهكذا كل ما يخرج من الحيوان مما يقتات ويدخر كالسمن والجبن والاقط أو يكون منه ما يدخر كاللبن والزبد فأما ما يقتات منه ولا يدخر منه كالبيض ففيه روايتان أشار اليهما في المختصر احداهما انه يجري فيها الربا والثانية لا يجري فيها الربا والروايتان مبنيتان على جريان الربا في المقتات المدخر فاذا قلنا ان الربا يجري فيما يقتات ولا يدخر تعدى الى البيض واذا قلنا لا يجري الربا في المقتات الذي لا يدخر جاز فيها التفاضل والله أعلم وأحكم

(فصل) وأما ثلاثة أصوع من عجوة بصاعين من كبيس وصاع حشف فلا يجوز لما ذكرناه من أن الآخذ للكبيس قصد أن يأخذ ثلاثة أصوع عجوة بصاعين من كبيس لفضل الكبيس فأعطى منها صاع حشف ليجيز البيع بذلك وأصل ذلك ان ما يجري فيه الربا اذا بيع بعضه ببعض ولم تختلف صفاته فان المراعى فيه المساواة في الكيل دون غيره لانه ليس فيه غرض آخر يختلف فان اختلفت صفاته كالتمر الصيحاني بالعجوة والجيد بالرديء وكان كل واحد من العوضين من جنس واحد وعلى صفة واحدة فان المساواة فيه بالكيل أيضا لانه لا غرض في بعض أحد العوضين دون بعض فيجوز في بعضه لبعض فيقتضي ذلك الاختلاف تقسيط العوض الآخر على أجزائه وذلك غاية التساوي فيه فأما اذا كان جميعه على صفة واحدة فقسطت عليه العوض الآخر لتساوي أجزائه في التقسيط عليه (مسئلة) فان اختلفت صفة أحد العوضين فانه على ضربين أحدهما أن يكون بعضه أفضل من المنفرد وبعضه أدون منه والثاني أن يكون مع اختلاف جميع أجزائه أفضل من المنفرد أو أدون منه فأما الأول فلا خلاف على المذهب انه لا يجوز لان تقسيط أحد العوضين على الآخر يقتضي التفاضل في أجزائه وذلك يمنع صحة البدل (مسئلة) وأما الضرب الثاني فالمشهور من مذهب مالك انه لا يجوز وذلك مثل مد حنطة ومد شعير بمدي حنطة يكون المد الذي مع الشعير أدون من كل واحد من المدين وقال ابن المواز ان ذلك جائز ووجه ما قاله ابن المواز ان كون أحد

* قال مالك لا يصلح مد زبد ومد لبن بمدي زبد وهو مثل الذي وصفنا من التمر الذي يباع صاعين من كبيس وصاعا من حشف بثلاثة أصوع من عجوة حين قال لصاحبه ان صاعين من كبيس بثلاثة أصوع من العجوة لا يصلح وفعل ذلك ليجيز بيعه وانما جعل صاحب اللبن اللبن مع زبده ليأخذ فضل زبده على زبد صاحبه حين أدخل معه اللبن * قال مالك والدقيق بالحنطة مثلا بمثل لا بأس به وذلك لأنه أخلص الدقيق فباعه بالحنطة مثلا بمثل ولو جعل نصف المد من دقيق ونصفه من حنطة فباع ذلك بمد من حنطة كان ذلك مثل الذي وصفنا لا يصلح لأنه انما أراد أن يأخذ فضل حنطته الجيدة حين جعل معها الدقيق فهذا لا يصلح

العوضين أدون أجزاء من العوض الآخر تبيح فيهما المبادلة كالذهبين بالذهب يكون مع كل واحد من الذهبين أدون من الذهب المنفرد أو أجود فانه جائز ووجه ماقاله ابن القاسم ان التقسيط فيهما مع اختلافهما يقتضي التفاضل بين أبعاض أحد العوضين وأبعاض الآخر وذلك يمنع صحة البدل ويفارق مسئلة الذهب بالذهب (مسئلة) فان بادله مدحنطة ومددقيق بمد حنطة ومددقيق أو مدحنطة ومدشعير بمدحنطة ومدشعير فالمشهور من مذهب مالك المنع رواه عنه ابن القاسم وجوزه ابن المواز ووجه القولين ماتقدم (مسئلة) فاما ان كان مع أحد العوضين من غير جنسه مثل مدحنطة ومدتمر بمدى حنطة فلاخلاف على المذهب نعلمه انه لايجوز فاذا قلنا بقول ابن القاسم فلاخلاف بينه وبين ماتقدم واذا قلنا بقول ابن المواز فالفرق بينهما (١)

﴿ جامع بيع الطعام ﴾

ص ﴿ قال مالك عن محمد بن عبد الله بن أبي مريم انه سأل سعيد بن المسيب فقال انى رجل أبتاع الطعام يكون من الصكوك بالجار فربما ابتعت منه بدينار ونصف درهم فاعطى بالنصف طعاما فقال سعيد لا ولكن اعط أنت درهما وخذ بقيته طعاما ﴾ ش قوله انى ابتاع طعاما يكون فى الصكوك بالجار يريد من الصكوك التى تخرج بالأعطية لاهلها على وجه الهبة والعطية المحضة دون وجه من المعاوضة فمنهم من يحتاج فيبيعها فكان هذا يبتاعها ويتجر فيها فربما ابتاع الجملة منها بدينار ونصف درهم اما لانه اشترط على سعرنا فأدى الحساب فى الجملة الى دينار ونصف درهم واما لان العقد وقع بهذا العدد حين لم يجب البائع الى البيع بدينار ولا رضيه المبتاع بدينار ودرهم فاتفقا على دينار ونصف درهم وكانت الدراهم فى ذلك الوقت صحاحا فكان من استحق على آخر نصف درهم أخذ به عرضا لعدم الانصاف فأراد محمد بن عبد الله بن أبى مريم أن يدفع طعاما بنصف الدرهم فنهاه عن ذلك سعيد بن المسيب رضى الله عنه وذلك يكون على وجهين أحدهما أن يدفع اليه من ذلك الطعام بعينه والثانى أن يدفع اليه من غيره فان أعطاه من ذلك الطعام بعينه فلا يخلو أن يقاضيه به قبل قبضه له أو يعطيه اياه بعد استيفائه فان أعطاه اياه قبل استيفائه فقد حكى الشيخ أبو محمد عبد الحق عن بعض القرويين لا يجوز ذلك لانه بيع الطعام قبل استيفائه الا أن يعرفا الصرف ويتفاضلا بمقدار النصف درهم فذلك جائز قال أبو محمد وان أعطاه اياه بعد قبضه ومغيب المبتاع عليه وقال انه منه فلا يجوز له أن يعطيه طعاما منه ولا من غيره من جنسه ولا من غير جنسه ولفظ المدونة يمنع من هذا التعليل الذى رواه أبو محمد لان مالكا قال فى المدونة باثر قول ابن المسيب وانما كره له سعيد أن يعطى دينارا ونصف درهم لان النصف درهم انما هو طعام فكره له أن يعطى دينارا أو طعاما بطعام قال مالك ولو كان النصف درهم ورقا أو غير الطعام فما كان بذلك بأس فانما كرهه مالك من وجه التفاضل بين الطعامين من جنس واحد ولم يذكر بيع الطعام قبل استيفائه وقد روى ابن القاسم عن مالك فى سماع أصبغ فى رجل اشترى بدينار لحما فلما أوجب البيع لم يجد الا دينارا ناقصا فأراد أن يضع بقدر النقصان وأخذ منه دينارا ناقصا فكره ذلك مالك وقال ابن حبيب فيمن ابتاع بدينار فلم يجد الا دينارا ناقصا فقال له خذ من اللحم بنصف الدينار يدخله قبل القبض من الفساد أربعة أوجه بيع الطعام قبل استيفائه أو اقتضاء طعام من طعام والتفاضل فى الطعام والتفاضل فى الورق ويدخل بعض القبض ذلك كله الا بيع الطعام قبل استيفائه وفى كتاب ابن مزين انما كره لانه

﴿ جامع بيع الطعام ﴾
* حدثنى يحيى عن مالك عن محمد بن عبد الله بن أبى مريم أنه سأل سعيد بن المسيب فقال انى رجل ابتاع الطعام يكون من الصكوك بالجار فربما ابتعت منه بدينار ونصف درهم فأعطى بالنصف طعاما فقال سعيد لا ولكن أعط أنت درهما وخذ بقيته طعاما

اذا أعطاه من تلك الحنطة قبل قبضها فهو بيع الطعام قبل استيفائه وان أعطاه حنطة من غير تلك الحنطة لم يجز لانه دينار وحنطة بفضة قال أبو محمد وابن القاسم يجيز الاقالة في الطعام قبل أن يفترقا ولكن أرى العلة في النهي عن ذلك ان لما أقاله من هذا الطعام حصة من الذهب والفضة فأعطاه لما قابل من الذهب فضة قبل قبض الطعام وأيضا فان ثمن ما يقيله منه لا يعرف الا بالقيمة (مسئلة) وأما اذا استوفاه ثم رد عليه منه الا بقدر نصف الدرهم فقد قال الشيخ أبو محمد والشيخ أبو الحسن انه لا يجوز ذلك ولا يصح فيه الاقالة لان الطعام الذي رد له حصة من الدينار ومن النصف الدرهم فلهذا لا يجوز أن يقيله منه بفضة قال أبو محمد عبد الحق والأظهر ان هذا صواب لانه انما راعى هذا في فساد الاقالة قبل قبضه وأما بعد قبضه فذلك لان بيعه حينئذ جائز وقد قاله غير واحد وهو جائز عندي وهذا الذي قاله أبو محمد صحيح من ذلك الوجه غير انه يدخله من منع الذرائع ما قدمناه مما قاله ابن حبيب وهو ظاهر قول مالك وما يقتضيه تعليله في المدونة على ما قدمناه (مسئلة) ولو قبض الطعام وغاب عليه وأعطاه من جنسه فلا يجوز أن يعطيه طعاما بزعمه ولا من غيره من جنسه أو من غير جنسه قاله بعض القرويين * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه ووجه ذلك عندي في ذلك بيع الطعام بالطعام ومع أحدهما ذهب وذلك غير جائز (مسئلة) وأما لو أعطاه من غير نوع القمح فلا يخلو أن يعطيه من جنسه كالشعير والسلت أو من غير جنسه كالتمر والقطنية فان أعطاه بالنصف درهم من جنسه كالشعير أو السلت قبل القبض لم يجز لانه شعير ودينار بحنطة وذلك غير جائز وان كان أعطاه تمرا أو زبيبا جاز لانه يجوز التفاضل بينه وبين الحنطة فكأنه باعه حنطة بدينار وزبيب وهذا يجوز اذا وجد التناجز والقبض قبل التفرق وأما ان أعطاه بعد قبضه وقبل أن يغيب عليه شعيرا أو سلتا فلا يجوز ذلك ولو أعطاه تمرا أو زبيبا لجاز وأما ان غاب عليه فلا يجوز شيء من ذلك لانه يقتضي من ثمن الطعام طعاما وبالله تعالى التوفيق ص * مالك انه بلغه ان محمد ابن سيرين كان يقول لا تبيعوا الحب في سنبله حتى يبيض * ش قوله رضي الله عنه لا تبيعوا الحب في سنبله حتى يبيض من باب [illegible] بيع الحب قبل أن [illegible] لان [illegible] اذا ابيض فقد يبس ما فيه من الحب فاما وقت المنع من البيع و[illegible] سنبله [illegible] يبيض بعد [illegible] بينه وبين الثمر أن [illegible] تباع اذا بدا صلاحها وذلك ان كل ثمرة يجوز بيع ثمرتها اذا بدا صلاحها وان لم تبلغ حد الادخار وما لم يكن له ساق [illegible] يكره ذلك فيه الا أن يبلغ حد الادخار وقد تقدم القول في ذلك ص * قال مالك من اشترى طعاما بسعر معلوم الى أجل مسمى فلما حل الأجل قال الذي عليه الطعام لصاحبه ليس عندي طعام فبعني الطعام الذي لك علي الى أجل فيقول صاحب الطعام هذا لا يصلح لانه قد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يستوفى فيقول الذي عليه الطعام لغريمه فبعني طعاما الى أجل حتى أقضيكه فهذا لا يصلح لانه انما يعطيه طعاما ثم يرده اليه فيصير الذهب الذي أعطاه ثمن الطعام الذي كان له عليه ويصير الطعام الذي أعطاه محللا فيما بينهما ويكون ذلك اذا فعلاه بيع الطعام قبل أن يستوفى * ش وهذا كما [illegible] من كان له عليه طعام من سلم فلما حل الأجل [illegible] [illegible] طعاما [illegible] فان ذلك لا يجوز [illegible] أجل [illegible] السلم [illegible] ولا [illegible] يدخله [illegible] دين [illegible] له عليه طعام [illegible] الى أجل [illegible] [illegible] الاول ولا أقل [illegible] لانه يدخله بيع الطعام قبل استيفائه [illegible] رأس مال السلم [illegible] الى الاقالة وذلك جائز في طعام السلم (مسئلة) وان كان الطعام مؤجلا

* وحدثني عن مالك أنه بلغه أن محمد بن سيرين كان يقول لا تبيعوا الحب في سنبله حتى يبيض * قال مالك من اشترى طعاما بسعر معلوم الى أجل مسمى فلما حل الأجل قال الذي عليه الطعام لصاحبه ليس عندي طعام فبعني الطعام الذي لك علي الى أجل فيقول صاحب الطعام هذا لا يصلح لأنه قد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يستوفى فيقول الذي عليه الطعام لغريمه فبعني طعاما الى أجل حتى أقضيكه فهذا لا يصلح لأنه انما يعطيه طعاما ثم يرده اليه فيصير الذهب الذي أعطاه ثمن الطعام الذي كان له عليه ويصير الطعام الذي أعطاه محللا فيما بينهما ويكون ذلك اذا فعلاه بيع الطعام قبل أن يستوفى

* قال مالك فى رجل له على رجل طعام ابتاعه منه ولغريمه على رجل طعام مثل ذلك الطعام فقال الذى عليه الطعام لغريمه أحيلك على غريم لى عليه مثل الطعام الذى لك على بطعامك الذى لك على * قال مالك ان كان الذى عليه الطعام انما هو طعام ابتاعه فأراد أن يحيل غريمه بطعام ابتاعه فان ذلك لا يصلح وذلك بيع الطعام قبل أن يستوفى

فان كان الطعام سلفا حالا فلا بأس أن يحيل به غريمه لان ذلك ليس ببيع ولا يحل بيع الطعام قبل أن يستوفى لنهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك غير أن أهل العلم قد اجتمعوا على انه لا بأس بالشرك والتولية والاقالة فى الطعام وغيره * قال مالك وذلك أن أهل العلم أنزلوه على وجه المعروف ولم ينزلوه على وجه البيع وذلك مثل الرجل يسلف الدراهم النقص فيقضى دراهم وازنة فيها فضل فيحل له ذلك ويجوز ولو اشترى منه دراهم نقصا بوازنة لم يحل ذلك ولو اشترط عليه حين أسلفه وازنة وانما أعطاه نقصا لم يحل له ذلك * قال مالك ومما يشبه ذلك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع المزابنه وأرخص فى بيع العرايا بخرصها من التمر وانما فرق بين ذلك أن بيع المزابنة بيع على وجه المكايسة والتجارة وأن بيع العرايا على وجه المعروف لا مكايسة فيه * قال مالك ولا ينبغى أن يشترى رجل طعاما بربع أو ثلث أو كسر من دراهم على أن يعطى بذلك طعاما الى أجل ولا بأس أن يبتاع الرجل طعاما بكسر من درهم الى أجل ثم يعطى درهما ويأخذ بما بقى له من درهمه سلعة من السلع لانه أعطى الكسر الذى عليه فضة وأخذ ببقية درهمه سلعة فهذا لا بأس به

من قرض لم يجز أن يبتاع منه طعاما ليقضيه بثمن مؤجل لانه يؤل الى فسخ دين فى دين ويجوز أن يبتاعه منه بنقد لانه يؤل الى بيع طعام القرض قبل استيفائه وذلك جائز ص ﴿قال مالك فى رجل له على رجل طعام ابتاعه منه ولغريمه على رجل طعام مثل ذلك الطعام فقال الذى عليه الطعام لغريمه أحيلك على غريم لى عليه مثل الطعام الذى لك على بطعامك الذى لك على * قال مالك ان كان الذى عليه الطعام انما هو طعام ابتاعه فأراد أن يحيل غريمه بطعام ابتاعه فان ذلك لا يصلح وذلك بيع الطعام قبل أن يستوفى فان كان الطعام سلفا حالا فلا بأس أن يحيل به غريمه لان ذلك ليس ببيع ولا يحل بيع الطعام قبل أن يستوفى لنهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك غير ان أهل العلم قد اجمعوا على أنه لا بأس بالشرك والتولية والاقالة فى الطعام وغيره * قال مالك وذلك ان أهل العلم أنزلوه على وجه المعروف ولم ينزلوه على وجه البيع وذلك مثل الرجل يسلف الدراهم النقص فيقضى دراهم وازنة فيها فضل فيحل له ذلك ويجوز ولو اشترى منه دراهم نقصا بوازنة لم يحل ذلك ولو اشترط عليه حين أسلفه وازنة وانما أعطاه نقصا لم يحل له ذلك * قال مالك ومما يشبه ذلك ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع المزابنه وأرخص فى بيع العرايا بخرصها من التمر وانما فرق بين ذلك ان بيع المزابنه بيع على وجه المكايسه والتجارة وأن بيع العرايا على وجه المعروف لا مكايسة فيه﴾ ش وهذا كما قال ان من كان له على رجل طعام من ابتياع وللرجل على آخر مثل طعامه من بيع لم يجز أن يحيله به لان البيعتين تتوالنان فى طعام واحد دون استيفاء وليست الحواله بفاصل بين البيعين بل تؤكد معناهما وتجمعهما فى عين واحدة من الطعام وذلك غير جائز ولو كان أحد الطعامين من قرض جاز ذلك يجوز أن تحيل من له قبلك طعام من قرض على من لك عليه طعام من بيع وتحيل من له طعام من بيع على من له عليه طعام من قرض ولا يجوز لاحد هذين المحالين أن يبيع ما أحيل به قبل أن يستوفيه لان هذا البيع يتصل بالبيع الاول من المحال أو المحال عليه قبل أن يستوفى الطعام وذلك غير جائز وقد تقدم شرح ذلك الى آخر الفصل بما يغنى عن اعادته ص ﴿قال مالك ولا ينبغى أن يشترى رجل طعاما بربع أو ثلث أو كسر من درهم على أن يعطى بذلك طعاما الى أجل ولا بأس أن يبتاع الرجل طعاما بكسر من دراهم الى أجل ثم يعطى درهما ويأخذ بما بقى له من درهمه سلعة من السلع لانه أعطى الكسر الذى عليه فضة وأخذ ببقية درهمه سلعة فهذا لا بأس به﴾ ش وهذا كما قال انه لا يجوز لاحد أن يشترى طعاما بكسر من درهم على أن يعطى بذلك طعاما الى أجل لانه يدخله الطعام بالطعام الى أجل وقد قدمنا انه غير جائز ولا يبيح ذلك ضرورة لانه يمكنه ان يدفع اليه الطعام نقدا أو يدفع اليه عند انقضاء الاجل درهما كاملا ويأخذ ببقيته منسا ويجوز أن يشترى منه كسر الدرهم طعاما ويدفع اليه درهما كاملا ولا يدخل ذلك بيع وسلف لانهما لم يعقدا على ذلك فان كان علما ان كسر الدرهم لا يوجد ولا يمكن تسليمه الا أن [illegible] ببقية درهمه ما شاء من شاء أو شاركه فيه ووقع عقدا البيع

على انه لا يكون للمبتاع بقية الدرهم نساء الى أجل ما لكان ذلك بيعا وسلفا ممنوعا ص ﴿ قال مالك ولا بأس أن يضع الرجل عند الرجل درهما ثم يأخذ منه بربع أو بثلث أو بكسر معلوم سلعة معلومة فاذا لم يكن في ذلك سعر معلوم وقال الرجل آخذ منك بسعر كل يوم فهذا لا يحل لانه غرر يقل مرة ويكثر مرة ولم يفترقا على بيع معلوم ﴾ ش وهذا كما قال ان الرجل يجوز له أن يضع عند الرجل درهما ويأخذ منه ببعضه ما شاء ويترك عنده الباقي وذلك يكون على ثلاثة أوجه أحدها أن يضعه عنده مهملا وذلك جائز وقد تقدم ذكره والثاني أن يقول له آخذ به منك كذا وكذا من التمر أو كذا وكذا من اللبن أو غير ذلك يقدر معه فيه سلعة ما ويقدر ثمنها قدرا ما ويترك ذلك حالا يأخذه متى شاء أو يؤقت له وقتا ما فهذا جائز وقد تقدم ذكره والثالث أن يترك عنده في سلعة معينة أو غير معينة على أن يأخذ منها في كل يوم بسعره عقدا على ذلك بيعها فان ذلك غير جائز لأن ما عقدا عليه من الثمن مجهول وذلك من الغرر الذي يمنع صحة البيع ص ﴿ قال مالك ومن باع طعاما جزافا ولم يستثن منه شيأ ثم بدا له أن يشتري منه شيأ فانه لا يصلح له أن يشتري منه شيأ الا ما كان يجوز له أن يستثنيه منه وذلك الثلث فما دونه فان زاد على الثلث صار ذلك الى المزابنة والى ما يكره فلا ينبغي له أن يشتري منه شيأ الا ما كان يجوز له أن يستثني منه ولا يجوز له أن يستثني منه الا الثلث فما دونه قال مالك وهذا الامر الذي لا اختلاف فيه عندنا ﴾ ش وهذا كما قال ان من باع طعاما جزافا ثم أراد أن يشتري منه مكيلة ما فانه لا يجوز له أن يشتري منه الا بمقدار ما كان يجوز له أن يستثني في البيع وذلك بمقدار الثلث فأقل لأنه ان استثنى منه أكثر من الثلث دخل الغرر المبيع وبعد عن الحزر والتحري فتلحقه الجهالة التي تفسد البيع واستثنى مقدار الثلث فأقل يسير باضافته الى الجملة فيتأتى حزر ما فيها وتحريه فلذلك جوزناه وأجرينا الابتياع بعد العقد هذا المجرى لئلا يتوصل به الى استثناء ما لا يجوز استثناؤه وهذا من استثناء المكيلة من الثمرة المبيعة في رؤس النخل وقد تقدم ذكر ذلك وبيانه بما يغني عن اعادته

﴿ الحكرة والتربص ﴾

ص ﴿ مالك أنه بلغه أن عمر بن الخطاب قال لا حكرة في سوقنا لا يعمد رجال بأيديهم فضول من أذهاب الى رزق من رزق الله نزل بساحتنا فيحتكرونه علينا ولكن أيما جالب جلب على عمود كبده في الشتاء والصيف فذلك ضيف عمر فليبع كيف شاء الله وليمسك كيف شاء الله ﴾ ش قوله رضي الله عنه لا حكرة في سوقنا يريد المنع من الاحتكار في سوق المدينة على ساكنها أفضل الصلاة والسلام لأن غالب أحوالها غلاء الاسعار وقلة الاقوات وضيقها على المتفرقين بها وذلك يمنع الادخار لما فيه من التضييق على الناس في أقواتهم وفي هذا أربعة أبواب أحدها بيان معنى الاحتكار وحكمه * والباب الثاني في بيان معنى الوقت الذي يمنع فيه الادخار * والباب الثالث في بيان ما يتعلق به المنع من الاحتكار والباب الرابع في بيان من يمنع من الاحتكار

(الباب الاول في بيان معنى الاحتكار وحكمه)

ان الاحتكار هو الادخار للبيع وطلب الربح بتقلب الأسواق فأما الادخار للقوت فليس من باب الاحتكار (مسألة) اذا ثبت ذلك فان احتكار الاقوات وغيرها من السلع ممنوع روى ابن المواز عن مالك أنه سئل عن التربص بالطعام وغيره رجاء الغلاء قال ما علمت فيه بنهي ولا أعلم به

* قال مالك ولا بأس أن يضع الرجل عند الرجل درهما ثم يأخذ منه بربع أو بثلث أو بكسر معلوم سلعة معلومة فاذا لم يكن في ذلك سعر معلوم وقال الرجل آخذ منك بسعر كل يوم هذا لا يحل لانه غرر يقل مرة ويكثر مرة ولم يفترقا على بيع معلوم * قال مالك ومن باع طعاما جزافا ولم يستثن منه شيأ ثم بدا له أن يشتري منه شيأ فانه لا يصلح له أن يشتري منه شيأ الا ما كان يجوز له أن يستثنيه منه وذلك الثلث فما دونه فان زاد على الثلث صار ذلك الى المزابنة والى ما يكره فلا ينبغي له أن يشتري منه شيأ الا ما كان يجوز له أن يستثني منه ولا يجوز له أن يستثني منه الا الثلث فما دونه وهذا الامر الذي لا اختلاف فيه عندنا

﴿ الحكرة والتربص ﴾

* حدثني يحيى عن مالك أنه بلغه أن عمر بن الخطاب قال لا حكرة في سوقنا لا يعمد رجال بأيديهم فضول من أذهاب الى رزق من رزق الله نزل بساحتنا فيحتكرونه علينا ولكن أيما جالب جلب على عمود كبده في الشتاء والصيف فذلك ضيف عمر فليبع كيف شاء الله وليمسك كيف شاء الله

بأسا بحبس اذا شاء و يبيعه اذا شاء و يخرجه الى بلد آخر قيل لمالك فمن يبتاع الطعام فيحب غلاءه
قال مامن أحد يبتاع طعاما أو غيره الا و يحب غلاءه (مسئلة) و يتعلق المنع بمن يشترى فى وقت
الغلاء أكثر من مقدار قوته وذلك أيضا على ضربين أحدهما أن يكون من أهل موضع الابتياع أو
غيره فان كان من أهل الموضع فحكمه ماذكرناه وان كان من غيره فلا يخلو أن يشترى بالفسطاط
للريف أو بالريف للفسطاط أو يشترى بموضع من الريف لغيره فان اشترى بالفسطاط للريف
فلا يخلو أن يكون بالفسطاط كثيرا فلا يضيق على أهله أو قليلا يضيق على أهله فان كان كثيرا أو عند
أهل الريف ما يغنيهم ففى كتاب ابن المواز عن مالك يمنعون ذلك و وجهه أن الفسطاط عمدة الاسلام
ومجتمع الناس فاذا تساوى حاله وحال الاطراف منع الانتقال منه لأنه اذا فسد فسدت الارياف
والجهات ولا تفسد الجهات مع صلاحه لأن قيامها به (مسئلة) وان كانت الحاجة بالريف والكثرة
بالمصر جاز اقتيات أهل الارياف منه بالاخراج اليهم لأن جلب الطعام الى المصر وادخاره بها انما
هو عدة للمصر وأريافه وجهاته وان كان بالمصر قليلا يخاف من شراء أهل الارياف له واخراجه عنه
مضرة منعوا من اخراجه لتساوى الحالين فان ابتاعوه وأكلوا بالمصر لم يمنعوا منه لأنه لا يجوز
اسلامهم للضر والهلكة وانما يمنعون من اضعاف المصر باخراج الطعام منه لأنه اذا لم يكن بد من
اتلاف الجهتين كانت مراعاة بقاء المصر أولى

(الباب الثانى فى بيان معنى الوقت الذى يمنع فيه الادخار)

ان لذلك حالتين احداهما حال ضرورة وضيق فهذا حال يمنع فيها من الاحتكار ولا خلاف
نعلمه فى ذلك والثانية حال كثرة وسعة فههنا اختلف أصحابنا فالذى رواه ابن القاسم عن مالك انه
لا يمنع فيها من احتكار شئ من الاشياء * قال مالك ومما يعيبه من مضى ويرونه ظلما منع التجر اذا
لم يكن مضرا بالناس ولا بأسواقه وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون عن مالك أن احتكار
الطعام يمنع فى كل وقت فأما غير الطعام فلا يمنع احتكاره الا فى وقت الضرورة دون وقت السعة
وجه ما رواه ابن القاسم أن يمنع فى وقت السعة منع أهل الاحتكار منفعة لا مضرة على غيرهم فى
اباحتها ولا منفعة لهم فى منعها وذلك غير جائز كما لا يجوز أن يمنعوا الشرب من الدجلة (فرع)
فاذا قلنا برواية مطرف وابن الماجشون فان جميع القطانى والحبوب التى هى للقوت والعلوفة
تتعلق بها هذا المنع وكذلك الزيت والعسل والسمن والزبيب والتمر وشبهها فان ذلك كله بمنزلة
القمح رواه مطرف وابن الماجشون وابن حبيب

(الباب الثالث وهو ما يمنع من احتكاره)

فالذى رواه ابن المواز وابن القاسم عن مالك ان الطعام وغيره من الكتان والقطن وجميع
ما يحتاج اليه فى ذلك سواء فيمنع من احتكار ما أضر ذلك بالناس ووجه ذلك ان [illegible]
الحاجة اليه لمصالح الناس فوجب أن يمنع من ادخال المضرة عليهم باحتكاره كالطعام

(الباب الرابع فى بيان ما يمنع من الاحتكار)

أما ما يمنع من الاحتكار فان [illegible] فى ذلك على ضربين ضرب صار اليه [illegible] فهذا
لا يمنع من احتكاره ولا من استدامته [illegible] كان ذلك ضرورة أو سعة [illegible]
[illegible] مالك [illegible] شاء [illegible] (مسئلة) [illegible]
صار اليه الطعام بابتياع بالبلد فان المنع يتعلق به فى وقتين احدهما أن يبتاع فى وقت ضرورة [illegible]

قدمنا بيان ذلك والثاني أن يبتاعه في وقت سعة وجواز الشراء ثم تلحق الناس شدة وضرورة الى الطعام ففي كتاب ابن المواز قيل لمالك فاذا كان الغلاء الشديد وعند الناس طعام مخزون أيباع عليهم قال ماسمعته وقال في موضع آخر فاذا كان في البلد طعام مخزون واحتيج اليه للغلاء فلا بأس أن يأمر الامام باخراجه الى السوق فيباع ووجه ذلك انه انما أبيح لهم شراؤه ليكون عدة للناس عند الضرورة (مسئلة) وان احتكر شيأ من ذلك من لا يجوز له احتكاره ففي كتاب ابن مزين عن عيسى بن دينار انه قال يتوب ويخرجه الى السوق ويبيعه من أهل الحاجة اليه بمثل مااشتراه به لا يزداد فيه شيأ ووجه ذلك ان المنع قد تعلق بشرائه لحق الناس وأهل الحاجة فاذا صرفه اليهم بمثل ما كانوا يأخذونه أولا حين ابتياعه اياه فقد رجع عن فعله الممنوع منه (مسئلة) فان أبى من ذلك فقد قال ابن حبيب يخرج من يده الى أهل السوق يشتركون فيه بالثمن فان لم يعلم ثمنه فبسعره يوم احتكاره ووجه ذلك انه لما كان هذا الواجب عليه فلم يفعله أجبر عليه وصرف الحق الى مستحقه

(فصل) وقوله ولكن أيما جالب جلب على عمود كبده في الشتاء والصيف قال عيسى بن دينار معناه جالب في قلب الشتاء وشدة برده وقلب الصيف وشدة حره فيلقى النصب في سفره من الحر والبرد * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه ان معناه على مايعتمد عليه من كبده ويريد بذلك ان كان يجلب على ظهره أو على ظهر دابته فأضاف كبدها اليه بحق ملكه لها واختصاصها به

(فصل) وقوله رضي الله عنه فذلك ضيف عمر فليبع كيف شاء الله وليمسك كيف شاء الله يريد أن عمر يمنعه ممن أراد اجباره على البيع وأضاف المشيئة الى الله لقوله تعالى وما تشاؤن الا أن يشاء الله فلا بناء الجالب البيع والامساك الا أن يشاء الله تعالى ص ﴿ مالك عن يونس بن يوسف عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب مر بحاطب بن أبي بلتعة وهو يبيع زبيبا له بالسوق فقال له عمر ابن الخطاب اما أن تزيد في السعر واما أن ترفع من سوقنا * مالك انه بلغه أن عثمان بن عفان كان ينهى عن الحكرة ﴾ ش قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه اما أن تزيد في السعر واما أن ترفع من سوقنا روى ابن مزين عن عيسى بن دينار أن معنى ذلك أن حاطب بن أبي بلتعة كان يبيع دون سعر الناس فأمره عمر أن يلحق بسعر الناس أو يقوم من السوق * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه والتسعير على ضربين أحدهما هذا الذي ذكرناه من ان من حط من سعر الناس أمر أن يلحق بسعرهم أو يقوم من السوق وفي ذلك ثلاثة أبواب * أحدها في تبيين السعر الذي يؤمر من حط عنه أن يلحق به * والباب الثاني في تبيين من يختص به ذلك من البائعين * والباب الثالث في تبيين مايختص به ذلك من المبيعات

(الباب الأول في تبيين السعر الذي يؤمر من حط عنه أن يلحق به)

والذي يختص به في ذلك من السعر هو الذي عليه جمهور الناس فاذا انفرد عنهم الواحد أو العدد اليسير بحط السعر أمر من حطه باللحاق بسعر الناس أو ترك البيع (مسئله) فان زاد في السعر واحد أو عدد يسير لم يؤمر الجمهور باللحاق بسعره أو الامتناع من البيع لان من باع به من الزيادة ليس السعر المتفق عليه ولا بما تقام به المبيعات وانما يراعى في ذلك حال الجمهور ومعظم الناس وفي العتبية من رواية ابن القاسم عن مالك لا يقام الناس لخمسة * قال القاضي أبو الوليد وعندي انه يجب أن ينظر في ذلك الى قدر الأسواق والله أعلم وأحكم

* وحدثني عن مالك عن يونس بن يوسف عن سعيد بن المسيب أن عمر ابن الخطاب مر بحاطب ابن أبي بلتعة وهو يبيع زبيبا له بالسوق فقال له عمر بن الخطاب اما أن تزيد في السعر واما أن ترفع من سوقنا * وحدثني عن مالك أنه بلغه أن عثمان بن عفان كان ينهى عن الحكره

(الباب الثانى فى تبيين من يختص به ذلك من البائعين)

لاخلاف فى ان ذلك حكم أهل السوق والباعة فيه وأما الجالب ففى كتاب محمد لا يمنع الجالب أن يبيع فى السوق دون بيع الناس وقال ابن حبيب لا يبيعون ماعدا القمح والشعير الا بمثل سعر الناس والا رفعوا كأهل الأسواق وجه مافى كتاب محمد ان الجالب يسامح ويستدام أمره ليكثر مايجلبه مع ان مايجلبه ليس من أقوات البلد وهو يدخل الرفق عليهم بما يجلبه فربما أدى التحجير عليه الى قطع الميرة والبائع بالبلد انما يبيع أقواتهم المختصة بهم ولا يقدر على العدول بها عنهم فى الأغلب ولهذا فرقنا بينهما فى الحكرة وقت الضرورة ووجه ماقاله ابن حبيب ان هذا بائع فى السوق فلم يكن له أن يحط عن سعره لان ذلك مفسد لسعر الناس كاهل البلد قال فاما جالب القمح والشعير فقال ابن حبيب يبيع كيف شاء الا ان لهم فى أنفسهم حكم أهل السوق وان أرخص بعضهم تركوا ان قل من حط السعر وان كثر المرخصون قيل لمن بقى اما أن تبيع كبيعهم واما ان ترفع (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان كان البائع للطعام من أهل السوق هل يمنع من بيعه فى دار بسعر السوق وقال ابن حبيب وينبغى فى الطعام أن يخرج الى السوق كما جاء الحديث ووجه ذلك ان بيعه فى الدور اعزازله وسبب الى غلائه وتطرق ليبيعه البائع كيف شاء بدون سعر أهل السوق اذا لم يعرف له ذلك فى السوق فان كان جالبا فليبعه فى السوق أو فى الدار ان شاء على يده

(الباب الثالث فيما يختص به ذلك من المبيعات)

أما مايختص به ذلك من المبيعات فقال ابن حبيب ان ذلك فى المكيل والموزون مأكولا كان أو غير مأكول دون غيره من المبيعات التى لاتكال ولا توزن ووجه ذلك ان المكيل والموزون مما يرجع الى المثل فلذلك وجب أن يحمل الناس فيه على سعر واحد وغير المكيل والموزون لا يرجع فيه الى المثل وانما يرجع فيه الى القيمة ويكثر اختلاف الاغراض فى أعيانه فلما لم يكن متماثلا لم يصح أن يحمل الناس فيه على سعر واحد وهذا اذا كان المكيل والموزون متساويا فى الجودة فاذا اختلف صنفه لم يؤمر من باع الجيد ان يبيعه بمثل سعر ماهو أدون لان الجودة لها حصة من الثمن كالمقدار (مسئلة) وأما الضرب الثانى من التسعير فهو أن يحد لاهل السوق سعر ليبيعون عليه فلا يتجاوزونه فهذا منع منه مالك وبه قال ابن عمر وسالم بن عبد الله والقاسم بن محمد وأرخص فيه سعيد بن المسيب وربيعة بن عبد الرحمن ويحيى بن سعيد الانصارى وروى أشهب عن مالك فى العتبية فى صاحب السوق يسعر على الجزار بن لحم الضأن ثلث رطل ولحم الابل نصف رطل والا خرجوا من السوق قال اذا سعر عليهم قدر مايرى من شرائهم فلا بأس به ولكن أخاف أن يقوموا من السوق وجه القول الاول ماروى عن أبى هريرة أنه قال جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يارسول الله سعر لنا فقال بل ادعوا الله ثم جاءه رجل فقال يارسول الله سعر لنا فقال بل الله يرفع ويخفض وانى لأرجو أن ألقى الله وليست لاحد عندى مظلمة ومن جهة المعنى ان اجبار الناس على بيع أموالهم بغير ماتطيب به أنفسهم ظلم لهم مناف لملكها لهم ووجه قول أشهب مايجب من النظر فى مصالح العامة والمنع من اغلاء السعر عليهم والافساد عليهم وليس يجبر الناس على البيع وانما يمنعون من البيع بغير السعر الذى يحده الامام على حسب مايرى من المصلحة فيه للبائع والمبتاع ولا يمنع البائع ربحا ولا يسوغ له منه مايضر بالناس (فرع) فاذا قلنا بقول أشهب ففى ذلك ثلاثة أبواب أحدها فى صفة التسعير * والباب الثانى فى ذكر من يسعر عليه * والباب الثالث فيما يتعلق به التسعير من المبيعات

(الباب الاول فى صفة التسعير)

قال ابن حبيب ينبغى للامام أن يجمع وجوه أهل سوق ذلك الشئ و يحضر غيرهم استظهارا على صدقهم فيسئلهم كيف يشترون وكيف يبيعون فيناز لهم الى مافيه لهم وللعامة سداد حتى يرضوا به قال ولا يجبرون على التسعير ولكن عن رضا وعلى هذا أجازه من أجازه و وجه ذلك ان بهذا يتوصل الى معرفة مصالح الباعة والمشترين ويجعل للباعة فى ذلك من الربح مايقوم بهم ولا يكون فيه اجحاف بالناس واذا أسعر عليهم من غير رضا بما لا ربح لهم فيه أدى ذلك الى فساد الاسعار واخفاء الاقوات واتلاف أموال الناس

(الباب الثانى فى ذكر من يسعر عليهم)

أما من يسعر عليهم على هذا القول فهم أهل الأسواق وأما الجالب فلا يسعر عليه شئ الا أن ما يجلبه على ضربين أصل القوت وهو القمح أو الشعير فهذا لايسعر عليه برضاه ولا بغير رضاه وليبع كيف شاء وأمكنه اذا اتفقوا قاله ابن حبيب فان اختلفوا فقد تقدم بيانه قبل هذا والله الموفق للصواب (مسئلة) وأما جالب الزيت والسمن واللحم والبقل والفواكه وما أشبه ذلك مما يشتريه أهل السوق للبيع على أيديهم فهذا أيضا لايسعر على الجالب ولا يقصد بالتسعير ولكنه اذا استقر أمر أهل السوق على سعر قيل له اما أن تلحق به والا فاخرج عنه

(الباب الثالث فيما يتعلق به التسعير من المبيعات)

قال ابن حبيب وهذا فيما عدا القطن والبز ويجب أن يختص التسعير بالمكيل والموزون وأما غيره فلا يمكن تسعيره لعدم التماثل فيه وقد تقدم معناه من قبل هذا

﴿ ما يجوز من بيع الحيوان بعضه ببعض والسلف فيه ﴾

ص ﴿ مالك عن صالح بن كيسان عن حسن بن محمد بن على بن أبى طالب ان على بن أبى طالب باع جملا له يدعى عصيفيرا بعشرين بعيرا الى أجل ﴾ ش قوله باع جملا له يدعى عصيفيرا بعشرين بعيرا الى أجل على ماقدمناه من بيع الجنس بعضه ببعض متفاضلا الى أجل اذا تباينت الأغراض فيه و [illegible] قبل ان الغرض من الابل القوة على الحمل فاذا كان هذا الجمل مشهورا بالقوة على الحمل ماينافيه غاية فى بابه جاز بيعه الى أجل بعشرين من جملة الابل ولا يخلو أن يباع واحد بعشرين الا لانه غاية فى بابه وان العشرين ليست فى الغرض المقصود منها متقدمة وانما هى من جملة حواشى الابل التى لاتوصف بذلك ولا تشارك فيه ص ﴿ مالك عن نافع ان عبدالله بن عمر اشترى راحلة بأربعة أبعرة مضمونة عليه يوفيها صاحبها بالربذة ﴾ ش قوله اشترى راحلة بأربعة أبعرة مضمونة [illegible] يحتمل أن يكون بجواز التفاضل فيها الى أجل لان الراحلة التى أخذ غاية فى الحمل والراحلة [illegible] واقع على الذكر والأنثى من الابل وكذلك البدنة وقد تقدم ذلك فى كتاب الحج وأما قوله يوفيه [illegible] بالربذة فاذا تبين موضع قضاء السلم جاز ذلك ولزم على ماقدمناه ص ﴿ مالك أنه سأل ابن شهاب عن بيع الحيوان اثنين بواحد الى أجل فقال لابأس بذلك ﴾ ش قوله فى بيع الحيوان اثنين بواحد لابأس به يحتمل أن يريد به جنسين مختلفين فى الخلقة والاسم وهذا لاخلاف فى جوازه [illegible] ويحتمل أن يريد به من جنس واحد فى الخلقة والتسمية ولكنهما يختلفان فى المنفعة المقصودة من ذلك [illegible] أو بالكبر والصغر ان كان مما يختلف به وقد تقدم بيانه قبل هذا ص ﴿ قال مالك

﴿ مايجوز من بيع الحيوان بعضه ببعض والسلف فيه ﴾

* حدثنى يحيى عن مالك عن صالح بن كيسان عن حسن بن محمد بن على بن أبى طالب أن على بن أبى طالب باع جملا له يدعى عصيفيرا بعشرين بعيرا الى أجل * وحدثنى عن مالك عن نافع أن عبدالله ابن عمر اشترى راحلة باربعة أبعرة مضمونة عليه يوفيها صاحبها بالربذة * وحدثنى عن مالك أنه سأل ابن شهاب عن بيع الحيوان اثنين بواحد الى أجل فقال لابأس بذلك قال مالك

الأمر المجتمع عليه عندنا انه لا بأس بالجمل بالجمل مثله و زيادة دراهم يدا بيد ولا بأس بالجمل بالجمل مثله وزيادة دراهم الجمل بالجمل يدا بيد والدراهم الى أجل قال ولا خير فى الجمل بالجمل مثله وزيادة دراهم الدراهم نقدا والجمل الى أجل وان أخرت الجمل والدراهم لا خير فى ذلك أيضا * ش وهذا كما قال ان ما يجوز فيه التفاضل نقدا من غير المقتات والذهب والفضة و يحرم فيه التفاضل فيها فان من باع بعضه ببعض يدا بيد فلا يفسد ذلك انما كان معه من زيادة من غير ذلك الجنس نقدا أو الى أجل بعد أن يتعجل المتجانسان فان تأجل شئ من جنسهما لم يجز ذلك بوجه وهذا عقد هذا الباب ووجه ذلك انه اذا لم يتأجل شئ من جنسه ما فقد سلما من السلف فلا بأس بالزيادة واذا تأجل شئ من جنس ما تعجل فقد صار سلفا وازداد أحدهما فيه ما أفسد السلف ص *قال مالك ولا بأس أن يبتاع البعير النجيب بالبعيرين أو بالأبعرة من الحمولة من حاشية الابل وان كانت من نعم واحدة فلا بأس أن يشترى منها اثنان بواحد الى أجل اذا اختلفت فبان اختلافها وان أشبه بعضها بعضا واختلفت أجناسها أو لم تختلف فلا يؤخذ منها اثنان بواحد الى أجل * قال مالك وتفسير ما كره من ذلك أن يؤخذ البعير بالبعيرين ليس بينهما تفاضل فى نجابة ولا رحلة فان كان هذا على ما وصفت لك فلا يشترى منه اثنان بواحد الى أجل ولا بأس بأن تبيع ما اشتريت منها قبل أن تستوفيه من غير الذى اشتريته منه اذا انتقدت ثمنه * ش قوله رحمه الله ولا بأس أن يباع البعير النجيب بالبعيرين أو بالأبعرة من الحمولة و يحتمل أن يريد بالنجيب جنسا من الابل يختص بهذا الاسم وأكثرها يركب بالسروج لانها للمشى السريع وليست للحمل فهو نوع من الابل يقال لها البخت كما يقال لغيرها الهجن و يقال البخت والعراب و يحتمل أن يريد بالنجيب الفاره القوى على الحمل كما يقال رجل نجيب وفرس نجيب اذا كان متقدما فى جنسه فيكون هذا وصفا لذلك الجمل دون وصف نوعه ولا جنسه فالحمولة من الابل هو ما يحمل عليه منها دون ما يراد للدر والنسل خاصة وحواشيها أدونها وليست بوصف المتقدم منها بأنه من الحواشى وهذا أظهر فى قول مالك رحمه الله البعير الفاره النجيب القوى على الحمل المتناهى فيه بالبعيرين اللذين يحملان الا أنهما من دون الابل وان كان المعجل والمؤجل من نوع واحد * قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه ولا يجوز عندى أن يريد به النجيب من النوع لان ذلك ليس فى الأغلب مما يغلب عليه فيوصف بأنه حمولة وفى كتاب محمد بن المواز وابن حبيب وأما الابل فما كان فيه النجابة والرحلة صنف فجمع بين النجابة والرحلة وعدل عن ذكر الأنواع ووصفها بالنجب والبخت والعراب والهجن قال ابن حبيب والحمولة وان لم يكن لها فضل نجابة ولها فضل عمل تحمل القباب والمحامل يسلم فى حواشى الابل يريد أن تكون لها قوة على الحمل وان لم تكن لها تلك النجابة فى خلقها كالفرس الجواد فى جريه وان لم يكن من عتاق الخيل فى صورته لكنه لو اجتمعت فى البعير حسن الخلقة والقوة على الحمل لكان أبين كالفصاحة فى العبد اذا اجتمعت مع التجارة كانت أبين فان انفردت الفصاحة لم يكن لها حكم وان انفردت التجارة ثبت لها حكم فكذلك النجابة والحمولة

(فصل) وقوله رحمه الله كانت من نعم واحدة يحتمل أن يريد به من قطيع واحد ومن نسل فحل واحد و يحتمل أن يريد به وان كان نوعها واحدا فاذا اختلفت بما ذكرناه من القوة على الحمل فبان اختلافها جاز أن يباع منها واحد باثنين الى أجل لما ذكرناه من اختلافهما فى المنفعة المقصودة من الجنس

(فصل) وقوله رحمه الله وان أشبه بعضها بعضا واختلفت أجناسها أو لم تختلف فلا يؤخذ منها اثنان

الأمر المجتمع عليه عندنا انه لا بأس بالجمل بالجمل مثله وزيادة دراهم يدا بيد ولا بأس بالجمل بالجمل مثله و زيادة دراهم الجمل بالجمل يدا بيد والدراهم الى أجل قال ولا خير فى الجمل بالجمل مثله وزيادة دراهم الدراهم نقدا والجمل الى أجل وان أخرت الجمل والدراهم لا خير فى ذلك أيضا * قال مالك ولا بأس أن يبتاع البعير النجيب بالبعيرين أو بالابعرة من الحمولة من حاشية الابل وان كانت من نعم واحدة فلا بأس أن يشترى منها اثنان بواحد الى أجل اذا اختلفت فبان اختلافها وان أشبه بعضها بعضا واختلفت أجناسها أو لم تختلف فلا يؤخذ منها اثنان بواحد الى أجل *قال مالك وتفسير ما كره من ذلك أن يؤخذ البعيران ليس بينهما تفاضل فى نجابة ولا رحلة فاذا كان هذا على ما وصفت لك فلا يشترى منه اثنان بواحد الى أجل ولا بأس أن تبيع ما اشتريت منها قبل أن تستوفيه من غير الذى اشتريته منه اذا انتقدت ثمنه

بواحد يريد أنها اذا اشتبهت فى المنفعة المقصودة وتقاربت فيها وهى القوة على الحمل فسواء كان جنسها واحدا بأن تكون هجنا كلها أو عرابا كلها أو بختا كلها أو اختلفت أجناسها فكان بعضها هجنا وبعضها عرابا أو على غير ذلك من الاجناس فانه لا يجوز منها واحد باثنين الى أجل

(فصل) قوله وتفسير ما كره من ذلك أن يؤخذ البعير بالبعيرين ليس بينهما تفاضل فى نجابة ولا رحلة يريد نهاية التساوى وبأن يكونا متساويين فى جنس الخلقة ونوعها والصبر على طول السير والقوة على الحمولة وهى الرحلة وانما أراد أن يبين علة منع التفاضل بأبلغ ذلك وذكر رحمه الله كل ماله تأثير فى المنع من ذلك وقد تقدم أن جنس الخلقة وتمامها مؤكد للقوة على الحمل كالفصاحة فى العبد مع التجارة قال فاذا كان هذا على ما وصفت يريد من تساويهما فى المعنيين المذكورين فلا يشترى واحد منه باثنين الى أجل يريد أن تساويهما واتفاق الاغراض فيهما يخرج ذلك عن حد البيع الى حد الغرض الذى ينافى التفاضل

(فصل) وقوله ولا بأس بأن تبيع ما اشتريت منه قبل استيفائه من غير الذى اشتريته منه اذا انتقدت ثمنه يريد انه وان كان مطعوما بعد الزكاة فانه ليس حكمه حكم المطعومات فى المنع من بيعه قبل استيفائه على الكراهية فى الجزاف وعلى التحريم فى المكيل والموزون وما ثبت فى الذمة من الحيوان والعروض فانه يجوز بيعه قبل استيفائه وقوله من غير الذى اشتريته منه تحقيق لمعنى البيع لأنه قد يكون من بائعه منه على وجه الاقالة وربما كان الاغلب من معاملته فيه

(فصل) وقوله رحمه الله اذا انتقدت ثمنه يريد والله أعلم أن لا يبيعه بدين وذلك انه لا يخلو أن يكون الحيوان والعرض مؤجلا أو غير مؤجل فان كان مؤجلا لم يجز بيعه بمؤجل ممن هو عليه ولا من غيره لأنه يدخله فى بيعه ممن هو عليه فسخ دين فى دين ويدخله فى بيعه من غيره الكالئ بالكالئ وكلاهما يمنع صحة العقد وهل يجوز أن يسلم فيه رأس مال السلم ويسلم فى المسلم فيه ولا يجوز على غير ذلك وسيأتى ذكره ان شاء الله تعالى ص ﴿ مالك ومن سلف فى شئ من الحيوان الى أجل مسمى فوصفه وحلاه ونقد ثمنه فذلك جائز وهو لازم للبائع والمبتاع على ما وصفا وحليا ولم يزل ذلك من عمل الناس الجائز بينهم والذى لم يزل عليه أهل العلم ببلدنا ﴾ ش وهذا كما قال رحمه الله ان السلف فى الحيوان بالحلية والصفة جائز لازم ويلزم المسلم اليه تلك الصفة عند انقضاء الاجل ويلزم المسلم قبضها فان كرهها واستغلاها فقد تقدم الاستدلال على صحة ذلك بما يغنى عن اعادته قال مالك وعلى هذا أهل العلم ببلدنا وانما خالف فى ذلك أهل العراق

قال مالك ومن سلف فى شئ من الحيوان الى أجل مسمى فوصفه وحلاه ونقد ثمنه فذلك جائز وهو لازم للبائع والمبتاع على ما وصفا وحليا ولم يزل ذلك من عمل الناس الجائز بينهم والذى لم يزل عليه أهل العلم ببلدنا

﴿ مالا يجوز من بيع الحيوان ﴾

* حدثنى يحيى عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع حبل الحبلة وكان بيعا يتبايعه أهل الجاهلية كان الرجل يبتاع الجزور الى أن تنتج الناقة ثم تنتج التى فى بطنها

﴿ مالا يجوز من بيع الحيوان ﴾

ص ﴿ مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع حبل الحبلة وكان بيعا يتبايعه أهل الجاهلية كان الرجل يبتاع الجزور الى أن تنتج الناقة ثم تنتج التى فى بطنها ﴾ ش قوله نهى عن بيع حبل الحبلة الحبل هو الحمل والحملة الجنين فكأنه باعه الى أن ينقضى حمل الجنين الذى فى بطن الناقة فتنتج ثم تحمل فيحل البيع بانقضاء حمله وذلك على ضربين أحدهما أن يكون الاجل يتقدر به والثانى أن يكون المبيع هو الجنين الثانى فأما الاول فلا يجوز لأن الاجل مقصود بالعقد فيجب أن يكون معلوما والذى يدخل الفساد فيه أمران أحدهما جهالته والثانى أن يكون بعيدا يدخله الغرر لبعده فأما الاول فعلى ما ذكرناه من البيع الى أن تنتج الناقة أو ينتج

مافى بطنها أو الى قدوم فلان أو نزول المطر وغير ذلك مما يختلف اختلافا متباينا تختلف الاغراض باختلافه (مسئلة) وان كان الى أجل بعيد جدا فقد روى ابن القاسم عن مالك فى المدونة يجوز شراء سلعة الى عشرين سنة وقال ابن القاسم فى الموازية انه جوز ذلك الى عشر سنين وكرهه الى عشرين سنة قال ولا أفسخه الى ستين سنة أو تسعين سنة ص ﴿ مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أنه قال لا ربا فى الحيوان وانما نهى من الحيوان عن ثلاثة عن المضامين والملاقيح وحبل الحبلة والمضامين بيع ما فى بطون اناث الابل والملاقيح بيع ما فى ظهور الجمال ﴾ ش قوله لا ربا فى الحيوان معناه والله أعلم لا يثبت فيه حكم تحريم التفاضل يدا بيد على ما يثبت فى المدخر المقتات وانه يجوز فى الحيوان من التفاضل ما لا يجوز فى ذلك ولذلك يقال علة الربا عندنا فى البر الاقتيات والادخار وعند الشافعى الطعم وعند أبى حنيفة الوزن والكيل فصارت لفظة الربا مقصورة على هذا الحكم بعرف استعمال الفقهاء

(فصل) وقوله رضى الله عنه وانما نهى من الحيوان عن ثلاثة المضامين والملاقيح وحبل الحبلة وقال مالك رحمه الله المضامين ما فى بطون اناث الابل والملاقيح ما فى ظهور الفحول وقال غير مالك المضامين ما فى ظهور الفحول والملاقيح ما فى بطون الاناث والأول أظهر وأكثر ولا خلاف بين الفقهاء فى الحكم انه لا يجوز أن يباع ما فى بطن الناقة من جنين ولا ما فى ظهر هذا الفحل بمعنى انه يحمله البائع على ناقته فاذا أنتجته كان للمشترى ومن ذلك أيضا أن يعطيه ثمنا على أن يحمل فحله على ناقة المشترى فهذا أيضا لا يجوز لما فيه من الغرر وعليه يتأول مالك ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه نهى عن عسيب الفحل وأما اذا استأجره على أن ينزيه على ناقته أكواما معدودة عددها يسير يمكن أن يتأتى منه فى وقت أو أوقات متقاربة فلا بأس بذلك لان الفحل معلوم معين والأكوام معلومة فليس فيها شئ من الغرر ولا الجهالة ص ﴿ مالك لا ينبغى أن يشترى الرجل شيأ من الحيوان بعينه اذا كان غائبا عنه وان كان قد رآه ورضيه على أن ينقد عنه لا قريبا ولا بعيدا * قال مالك وانما يكره ذلك لان البائع ينتفع بالثمن ولا يدرى هل توجد تلك السلعة على ما رآها المبتاع أم لا فلذلك كره ذلك ولا بأس به اذا كان مضمونا موصوفا ﴾ ش قوله ولا يشترى الحيوان الغائب المعين بالنقد قريبا ولا بعيدا هذه رواية الموطأ وروى عنه ابن عبد الحكم فى الحيوان خاصة والذى روى عنه فى غير الموطأ فى المدونة وغيرها انه يجوز النقد فيما قرب دون ما بعد فعلى هذا له روايتان فى القرب احداهما انه لا يجوز ذلك وهى رواية الموطأ ووجهها انه مبيع غائب ينقل ويحول فلا يجوز النقد فيه بشرط كالبعيد الغيبة والرواية الثانية انه يجوز ووجهها أن ما قرب يقل فيه الغرر لقرب امكان قبضه وانه يدخله نقص عرف وقت نقصه فكان ذلك كالحاضر لانه ليس من شرط صحة البيع أن يكون المبيع حاضر البيع بل قد يجوز ذلك والمبيع غائب فى دار البائع ومخزنه (فرع) واذا قلنا بالفرق بين القرب والبعد فقد روى ابن المواز عن مالك يجوز النقد فيما كان على البريد والبريدين ثم رجع فقال على اليوم ونحوه ويجوز على مسيرة اليوم واليومين وبه قال أشهب وابن القاسم وروى ابن القاسم عن مالك فى الحيوان خاصة البريد والبريدين وروى ابن وهب عنه لا ينقد فى الطعام يكون على نصف يوم حتى يقرب جدا (مسئلة) البيع بالرؤية المتقدمة على وجهين أحدهما أن يقع على الاطلاق والثانى أن يشترط البائع ان المبيع على الصفة التى كان عليها حين رآه المبتاع فأما الأولى فانه لا يجوز ذلك الا فى ما لا يكاد المبيع يتصرف فيها غالبا هذا قول ابن

* وحدثنى عن مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب انه قال لا ربا فى الحيوان وانما نهى من الحيوان عن ثلاثة عن المضامين والملاقيح وحبل الحبلة والمضامين بيع ما فى بطون اناث الابل والملاقيح بيع ما فى ظهور الجمال * قال مالك لا ينبغى أن يشترى أحد شيأ من الحيوان بعينه اذا كان غائبا عنه وان كان قد رآه ورضيه على أن ينقد ثمنه لا قريبا ولا بعيدا * قال مالك وانما كره ذلك لأن البائع ينتفع بالثمن ولا يدرى هل توجد تلك السلعة على ما رآها المبتاع أم لا فلذلك كره ذلك ولا بأس به اذا كان مضمونا موصوفا

القاسم وأما مالك رحمه الله فلم يفرق في قوله وانما قال يجوز البيع برؤية متقدمة وهذا الذي قاله ابن القاسم لا يجب أن يعتبر به لان المبيع قد يتغير في طول المدة عما عرفه عليه المبتاع فاذا كان هذا الغالب من حاله حمل عليه قال ابن القاسم في المدونة ان تقادم تقادما يتغير فيه فالصفقة فاسدة ووجه ذلك ما قدمناه (مسئلة) وان شرط البائع أنها على ما كانت عليه يوم الرؤية ففي المدونة ان العشرة أعوام مما تتغير فيها السلع فلا تباع الا بشرط انها على ما كانت عليه وذلك فيما يبقى على حاله في مثل هذه المدة كالثياب ولا يمكن هذا في الحيوان لان سنه يتغير وقال سحنون وليس الحولي كالرباعي والجذع كالقارح فيهن انه يجوز في مدة يمكن أن لا يتغير فيها وبذلك فارق الحولي الرباعي لانه أسرع استحالة وفارق الجذع القارح لانه أسرع استحالة منه وقد روى ابن المواز عن ابن القاسم فيمن رأى عبدا منذ عشرين سنة ثم اشتراه على غير صفة فذلك جائز ولا ينقد وهو بيع على الصفة التي كان رأى فهذا ان كان أراد به أن العشرين سنة من قصار المدد فغير ظاهر لان هذه مدة يعلم انه تتغير فيها الأسنان غالبا وان كان أراد أن اطلاق العقد محمول على أنه بمنزلة من شرط انه على الصفة التي كان رآه عليها وهو ظاهر قوله فذلك خلاف ظاهر المدونة لقوله في عشرة أعوام لا يجوز ذلك الا أن يشترط أنها على ما كانت عليه والله أعلم وأحكم (مسئلة) وفي صحة بيع المبيع البعيد الغيبة على ما ذكرناه شرطان أحدهما أن لا يضرب لقبضه أجلا روى عيسى بن دينار عن ابن القاسم ان ضرب لذلك أجلا لم يجز زاد محمد بن المواز قريبا ولا بعيدا ووجه ذلك ان أجل قبضه يفسد لانه متقدر تقديرين أحدهما مسافة ما بين بلد البيع وبلد المبيع والثاني الأجل الذي يضربانه وذلك يمنع صحة العقد كما لو اكترى دابة من مصر الى الشام على أن يقطع ذلك في مدة سمياها (مسئلة) والشرط الثاني أن لا يشترط المبتاع على البائع حمل المبيع الى بلد بعيد يستوفيه فيه منه وان كان موضع العقد فان شرط ذلك لم يجز قاله ابن القاسم في العتبية وهذا على وجهين أحدهما أن يستوفي المبتاع المبيع حيث شرطا بينهما حمله والثاني أن يشترط قبضه في موضعه ثم يكون على البائع حمله فأما الأول فهو الذي قلنا انه لا يجوز وقال محمد بن المواز وانما لم يجز من أجل الضمان ومعنى ذلك أنه تضمنه له البائع في حمله الذي يختص بغرض المبتاع مع ما في السفر من الغرر الا أن تكون المسافة اليسيرة التي لا غرر فيها غالبا (مسئلة) وأما الوجه الثاني فهو جائز لا يضمن البائع المبيع لما يختص بغرض المبتاع وانما يضمنه لمعنى يخصه وذلك ان الطعام مضمون على المكري اذا غاب عليه وانفرد بحمله دون صاحبه وحكم هذا الضمان حكم ضمان المبيع قبل الاستيفاء وبذلك يختص هذا بنوع من الطعام والله أعلم وأحكم (مسئله) فأما البعيد الغيبة فلا يخلو أن يكون مما ينقل ويحول كالثياب والأطعمة والعروض المنقولة أو مما لا ينقل كالأرض والدور والأصول الثابتة والأشجار فأما ما ينقل فلا يجوز النقد فيه زاد محمد بن المواز وان شرط الضمان على المبتاع لما في ذلك من الغرر لانه لا يدرى ما آل اليه حاله منذ زال عن بائعه ولا يكاد أن ينتهي خبره فيعتبر وقت ضياعه وما طرأ عليه من النقص والزيادة فان كان على غير النقد جاز لسلامة ذلك من الغرر (مسئلة) وأما الأصول الثابتة فيجوز ذلك فيها ابن القاسم على النقد وهو المشهور من مذهب مالك ومنع منه أشهب وجه القول الأول أنه انما منع مالك ذلك في الحيوان والعروض لسرعة استحالتها في أنفسها وامكان نقصها فاذا قبض البائع الثمن فلم يقبضه على ثقة انه له لجواز أن يكون المبيع قد هلك أو دخله نقص أو يدخله في المستقبل فيجب عليه رد الثمن سلفا واذا كان ذلك

ثمانية كر رفقد قبضه على انه ان قبض المبتاع المبيع فهو ثمنه وان لم يقبضه كان عنده سلفا يرده فلم يجز فيه اشتراط النقد وأما الأصول الثابتة فانها مأمونة لا يدخلها في الأغلب نقص ولا زيادة ولا تغير ولذلك كان ضمانها من المبتاع فالبائع انما يقبض الثمن على انه له في الأغلب كالمبيع الحاضر وان جاز أن يوجد به عيب يوجب عليه رد الثمن لما كان يقل و يندر لم يؤثر في صحة العقد ووجه القول الثاني ان هذا معين بعيد الغيبة فلم يجز بيعه بشرط النقد كالحيوان

(فصل) وقوله وان كان قد رآه ورضيه يريد ان المبتاع البعيد الغيبة لا يجوز بيعه بشرط النقد وان كانت تقدمت رؤية المشترى له يريد أن للرؤية تأثيرا في بيع الأعيان الغائبة فلا يجوز عند مالك بيعها الا برؤية متقدمة أو صفة خلافا لأبي حنيفة في قوله ان ذلك جائز وللمبتاع خيار النظر والدليل على ما نقوله ان هذا مجهول الصفة عند المبتاع حال العقد فلم يجز بيع أصله اذا قال له بعتك ما في يدى (فرع) وهذا اذا كان على وجه البيع والمكايسة فأما اذا كان على وجه المعروف والمكارمة فان ذلك جائز و يلزم المولى دون المولى وذلك مثل أن يقول رجل ابتعت سلعة رخيصة فيقول له آخر ولنيها فيقول قد فعلت ثم يقول له هي دابة أو جارية أو ثوب ابتعته بكذا لان هذا العقد مبني على المكارمة فقد عرا عن الغرر لان المبتاع الذي جهل صفته لا يلزمه البيع والبائع الذي لزمه البيع عالم به ومكارم له (مسئلة) فأما بيع الغائب البعيد الغيبة بصفة البائع أو غيره فانه جائز فان كانت الصفة على ما وصفت لزم المبتاع والا كان له الخيار ومنع الشافعي بيع ما لم ير وسنذكره بعد هذا ان شاء الله (فرع) اذا ثبت جواز بيع الأعيان الغائبة فقد اختلف قول مالك في ضمانها قبل القبض فقال أولا هي من المبتاع الا أن يشترط ذلك على البائع وبه قال مطرف وابن وهب ثم رجع فقال هي من البائع الا أن يشترط ذلك على المبتاع وبه قال ابن القاسم وابن الماجشون وجه القول الأول انه لم يبق فيه حق توفية فكان من المبتاع كالحاضر ووجه القول الثاني انه ممنوع من النقد فيه مخافة تغيره فكان من البائع كالجارية المبيعة بالمواضعة (مسئلة) وأما ما يجوز فيه النقد من الرباع وغيرها فقد روى ابن المواز عن مالك انها من البائع قال وله قول آخر انها من المبتاع وعليه أصحابنا أجمع هذا كله فيما ليس فيه من توفية بعدد أو كيل أو وزن أو ذرع في أرض أو غيرها وما كان فيه حق توفية من ذلك فهو من ضمان البائع حتى يوفيه كالحاضر (فرع) واذا قلنا انه يجوز النقد في الرباع الغائبة اذا بيعت بوصف فانما يجوز ذلك فيما بيعت بوصف غير البائع فأما اذا بيعت بوصف البائع ففي العتبية لا يجوز ذلك ووجهه انه قد يزيد في الصفة لينتفع بالثمن الى وقت رؤية المشترى لها ولما كان هذا الشراء معتادا وكثر فيه الغرر منع من البيع بشرط النقد (فصل) وقوله ولا بأس بذلك اذا كان مضمونا موصوفا يريد في السلم وهو أن يكون البيع في ذمة البائع بصفة معلومة الى أجل معلوم فان ذلك العائب الذي يجوز فيه النقد حيوانا كان أو غيره

﴿ بيع الحيوان باللحم ﴾

ص ﴿ مالك عن زيد بن أسلم عن سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان باللحم * مالك عن داود بن الحصين أنه سمع سعيد بن المسيب يقول من ميسر أهل الجاهلية بيع الحيوان باللحم بالشاة والشاتين * مالك عن أبي الزناد عن سعيد بن المسيب أنه كان يقول نهى عن بيع الحيوان باللحم قال أبو الزناد فقلت لسعيد بن المسيب أرأيت رجلا اشترى

﴿بيع الحيوان باللحم﴾

* حدثني يحيى عن مالك عن زيد بن أسلم عن سعيد ابن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان باللحم * وحدثني عن مالك عن داود بن الحصين أنه سمع سعيد بن المسيب يقول من ميسر أهل الجاهلية بيع الحيوان باللحم بالشاة والشاتين * وحدثني عن مالك عن أبي الزناد عن سعيد بن المسيب انه كان يقول نهى عن بيع الحيوان باللحم قال أبو الزناد فقلت لسعيد بن المسيب أرأيت رجلا اشترى

شارفا بعشر شياه فقال سعيد ان كان اشتراها لينحرها فلا خير في ذلك قال أبو الزناد وكل من أدركت من الناس ينهون عن بيع الحيوان باللحم قال أبو الزناد وكان ذلك يكتب في عهود العمال في زمان أبان بن عثمان وهشام بن اسماعيل ينهون عن ذلك ﴾ ش نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الحيوان باللحم يقتضي تحريمه وابطال ما وقع منه وبه قال مالك والشافعي وجمهور الفقهاء وقد قال أبو الزناد ان كل من أدركت كان ينهى عن ذلك وأجاز أبو حنيفة بيع الحيوان باللحم والدليل على صحة ما نقوله حديث ابن المسيب ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان باللحم وهذا الحديث وان كان مرسلا فقد وافقنا أبو حنيفة على القول بالمرسل ودليلنا من جهة القياس ان هذا جنس يجري فيه الربا وإذا بيع الشيء بأصله الذي فيه منه فلم يجز ذلك كالزيت بالزيتون والشيرج بالسمسم (مسئلة) اذا قلنا انه لا يجوز بيع اللحم بالحيوان فاما ذلك في اللحم النيء وأما المطبوخ فروى ابن المواز ان أشهب كرهه وأجازه ابن القاسم وهو أحب الينا (مسئلة) اذا ثبت ذلك فالحيوان على ثلاثة أجناس ذوات الأربع التي هي مباحة الأكل كلها جنس والطير كله جنس والحيتان كلها جنس وأما الجراد فروى عن مالك انها جنس رابع روى ذلك الشيخ أبو القاسم وروى عنه في المدونة أنه قال ليست بلحم وانما يمنع بيع اللحم بالحيوان من جنسه فلا يجوز بيع لحم ضأن ولا معز بشيء من الحيوان ذوات الأربع وحشيها وانسيها ويجوز بيع لحم ذوات الأربع بحي الطير وحي الطير بلحم الحيتان قال ابن القاسم ولم أر عند مالك تفسير حديث النبي صلى الله عليه وسلم في اللحم بالحيوان الا من صنف واحد لموضع المزابنة وذهب الشافعي الى انه لا يجوز بيع لحم الحيوان من جنسه ولا من غير جنسه من الطير وذوات الأربع والدليل على صحة ما نقوله ان ما يجري فيه الربا يعتبر فيه الجنس كالحبوب والأثمار (فرع) وهذا فيما كان أكله مباحا وأما ما حرم أكله فلا يمنع من ذلك لانه ليس مما يحل أكله فيقال ان فيه من جنس هذا اللحم وأما المكروه مما جرت العادة بأكله منع من بيعه بلحم جنسه كالهر والثعلب والضبع فهذا لا يجوز بيعها بلحم ذوات الاربع لانه مما جرت العادة للعرب بأكله مع انه لا منفعة فيها غير اللحم وأما الخيل والبغال والحمير فقد قال مالك لا بأس بها باللحم نقدا أو الى أجل لان ذلك لم تجر العادة بأكله ولان منافعها المقصودة منها غير الاكل (مسئلة) واذا كان الحيوان مما لا يقتنى فحكمه حكم اللحم في بيعه بالحيوان مثل طير الماء الذي لا يدخر ولا يتخذ فانه لا يجوز بيعه بدجاج ولا أوز هذا مذهب ابن القاسم وأجاز ذلك أشهب وجه قول ابن القاسم انه حيوان لا يصلح اقتناؤه واتخاذه داجنا فلم يجز بيعه بالحيوان كالكسير الذي لا يحيا ووجه قول أشهب انه حيوان على الصفة التي يحيا ويتناسل عليها غالبا فجاز بيعه بحيوان من جنسه كالداجن (فرع) فاذا قلنا ان حكمه حكم اللحم فما الحال التي يثبت له ذلك فقال محمد لا خير في بيع الشارف والكسير بالحي وقال مالك وليس كل شارف سواء وانما ذلك في الذي قد شارف الموت وقال في المدونة وما لا منفعة فيه الا اللحم وأما الشارف الذي يقبل ويدبر ويرجع فلا (فرع) وهل يكون ما يرجى فيه صوف حكمه حكم اللحم قال أشهب ليس التيس الخصي كاللحم بخلاف الشارف والكسير وقال ابن نافع وأصبغ في الموازية ان الكبش الخصي والتيس الخصي ليس حكمهما حكم اللحم يريد ان التيس الخصي والكبش الخصي يتخذان للسمن والزيادة في اللحم وحكمهما حكم الحي مع جنسه وقد قال ابن القاسم لا خير في لحم بشاة الى أجل اذا لم يكن فيها منفعة للبن ولا صوف وان استحييت للسمن قال أصبغ اذا كان مثلها يقتنى بالرعي للسمن فلا بأس

شارفا بعشر شياه فقال سعيد ان كان اشتراها لينحرها فلا خير في ذلك قال أبو الزناد وكل من أدركت من الناس ينهون عن بيع الحيوان باللحم قال أبو الزناد وكان ذلك يكتب في عهود العمال في زمان أبان بن عثمان وهشام بن اسماعيل ينهون
عن ذلك

بذلك فيها وقد روى عن ابن القاسم لايجوز ذلك في الكبش الخصى لانه لايقتنى للعجلة المقصودة وهى في الذكور الفحلة وفي الاناث الدر والنسل جائز ووجه الرواية الثانية ان ماذكروه من الصوف والسمن منافع في الحيوان لا يوجد فيه الا بعد حال حياته فاذا كانت فيه كان حكمه حكم الحى مع الحى وقال أشهب وأصبغ كانت فيه منافع أولم تكن فراعيا جواز حياته وامكان بقائه والله أعلم (مسئلة) واذا ثبت ذلك وقلنا ان حكم هذا الحيوان الذى لايستحيا حكم اللحم فانه لايجوز بيعه بالحيوان من جنسه وهل يجوز بيعه باللحم أم لا فاختلف فيه قول مالك فمنع منه مرة وهو قوله في المدونة وخففه أخرى في كتاب محمد وغيره فوجه كراهيته تناول النهى عن بيع اللحم بالحيوان له لانه حى تعذر بقاؤه لان حكمه حكم اللحم فيتعذر التماثل بينه وبين اللحم الآخر ووجه تخفيفه انه لحم برى فجاز بلحم آخر من جنسه يدا بيد (فرع) واذا قلنا ان ذلك يجوز متماثلا فان التماثل يكون فيه بالتحرى لانه لا يوصل فيه الى معرفة التماثل الا بالتحرى وانما ينبنى ذلك على ثلاثة أصول أحدها جواز بيع هذا النوع من الحيوان باللحم والثانى جواز التحرى في العوضين من جنس واحد مما يحرم فيه التفاضل والثالث صحة التحرى في الحى وفي كل واحد من هذه الاصول الثلاثة الخلاف في المذهب والله أعلم

﴿ بيع اللحم باللحم ﴾

اللحم الذى يعتبر فيه التساوى أو التفاضل هو اللحم على هيئته التى يستعمل عليها في بيع وطبخ وغير ذلك مما يشتمل عليه من عظم وغيره مالم يكن العظم مضافا اليه وذلك كنوى التمر حكمه حكم التمر مالم يكن مضافا اليه والله أعلم (مسئلة) وأما الكرش والكبد والقلب والرئة والطحال والكليتان والحلقوم والشحم والخصيتان والرؤس والأكارع فلا يصلح شئ من ذلك باللحم الا مثلا بمثل قاله ابن القاسم في المدونة قال وما علمت مالكا كره أكل الطحال ولا بأس به واذا ثبت ذلك من قوله فيجب أن يكون حكمه حكم اللحم أيضا والله أعلم ص ﴿ قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا في لحم الابل والبقر والغنم وما أشبه ذلك من الوحوش انه لا يشترى بعضه ببعض الا مثلا بمثل وزنا بوزن يدا بيد ولا بأس به وان لم يوزن اذا تحرى أن يكون مثلا بمثل يدا بيد ﴾ ش وهذا كما قال انه الأمر المجتمع عليه عند أهل المدينة ان لحم ذوات الأربع جنس يحرم فيه التفاضل ولحم الطير جنس آخر يحرم فيه التفاضل ويجوز التفاضل بينه وبين لحم ذوات الأربع ولحم الحيتان جنس ثالث يحرم فيه التفاضل ويجوز التفاضل بينه وبين الجنسين الاولين والأمر في الجراد على ماتقدم من اختلاف قولى مالك أحدهما انه جنس رابع والثانى ليس بلحم وقد روى في المختصر عن أشهب لابأس بالجراد متفاضلا فاخرجه بذلك عن أن يكون مقتاتا أو مدخرا واذا جاز التفاضل فيه فان يجوز بينه وبين غيره أولى واختلف قول الشافعى فمرة قال كل جنس من الحيوان بلحمه جنس مخصوص يجوز التفاضل فيه بينه وبين لحم غيره من الحيوان وهو قول أبى حنيفة غير أن أبا حنيفة يجعل البخت والغراب جنسا واحدا والبقر والجواميس جنسا واحدا والضأن والماعز جنسا واحدا وقال الشافعى أيضا ان اللحوم كلها جنس واحد لحوم ذوات الأربع ولحوم الطير ولحوم الحيتان والدليل على ما نقوله ما قدمناه من مراعاة المنافع والاغراض واذا كان وجه استعماله مخالفا لوجه استعمال لحم الوحش وجب أن يكونا جنسين كلحم الحيتان ووجه آخر وهو انا قد فرقنا بين أصول الأقوات وجعلناها أجناسا

﴿ بيع اللحم باللحم ﴾
* قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا في لحم الابل والبقر والغنم وما أشبه ذلك من الوحوش انه لايشترى بعضه ببعض الا مثلا بمثل وزنا بوزن يدا بيد ولا بأس به وان لم يوزن اذا تحرى أن يكون مثلا بمثل يدا بيد

مختلفة لما اختلفت وجوه استعمالها فكذلك في مسئلتنا مثله وقد تقدم الكلام في نحو هذا فيجب أن تكون الابل والبقر والغنم جنسا واحدا لتقارب وجوه استعمالها ولتشاكل صورها فان لذلك تأثيرا في الجنس على ما قدمناه في أجناس الحبوب ويجب أن يكون لحم الطير مخالفا لذلك لمخالفتها في وجه الاستعمال ومنافاتها لها في الصورة ولذلك فرقنا بينها وبين الحيتان والله أعلم (مسئلة) اذا ثبت ذلك فما حكمناله من ذلك بالجنس الواحد حرم فيه التفاضل وما حكمناله بالجنسين جاز بينهما التفاضل واعتبار التماثل في اللحم وكل موزون من الخبز الوزن وهل يجوز ذلك بالتحري روى ابن القاسم عن مالك في العتبية وغيرها ان الخبز واللحم والبيض يجوز بيع بعضه ببعض تحريا دون كيل ولا وزن ولم يجز أبو حنيفة والشافعي التحري في ذلك والدليل على صحة ما نقوله ان هذا مما تدعو الحاجة الى قسمته ومبادلته في السفر دون الحضر وحيث لا توجد الموازين فجاز ذلك لضرورة عدم ما يمكن الوصول بذلك الى التماثل قال القاضي أبو محمد من أصحابنا من أجازه على الاطلاق ومنهم من أجازه بشرط تعذر الموازين كالبوادي والاسفار وقال أبو حنيفة والشافعي لا يجوز بوجه والدليل على ما نقوله ان التحري في جهة لمعرفة الموزون كالوزن لمعرفة التماثل فأشبه الوزن (فرع) وهذا في الموزون دون المكيل والمعدود وفي الواضحة عن مالك لا يجوز فيه التفاضل من الطعام غير الادام لما يجوز قسمته تحريا وكذلك السمن والعسل والزيت وانما تقسم وزنا أو كيلا مثلا بمثل ووجه ذلك أن ما لا يجوز التماثل فيه بالوزن فانه يجوز أن ينوب عنه فيه التحري لتعذر الموازين في كثير من الأوقات وما يجوز فيه الكيل والعدد فانه يجوز فيه التحري لامكان ذلك في المعدود على كل حال وفي المكيل وان كان بغير الكيل المعهود (فرع) قال ابن القاسم وانما يجوز ذلك اذا أمكن التحري فيه لقلته ولقربه من غيره فاما اذا تعذر التحري فيه لكثرته فلا يجوز ذلك وقد روى ابن حبيب عن مالك ان ذلك انما يجوز في قليل الخبز واللحم والبيض لان التحري يحيط به ولا خير في كثيره الا بالوزن (فرع) وهل يجوز ذلك في شاة مذبوحة كشاة مذبوحة قال ابن القاسم في المدونة لا يتأتى ذلك فيها الا بالتحري فان كانتا بجلديهما فلا بأس بذلك ان كان يستطاع ذلك فيهما غير مسلوختين قال سحنون لا يستطاع ذلك وقاله أصبغ ولم يعجب محمد بن المواز قول أصبغ وقد روى يحيي بن يحيي المنع من ذلك لانه لحم وجلد بلحم وجلد وهذا ليس بصحيح لان الجلد لحم يؤكل مسموطا كسرا معتادا ومنع ذلك قوم من أصحابنا لانه لحم مغيب وهذا ليس بصحيح أيضا اذا قلنا ان الجلد لحم ولو لم نقله لكان قدرى بعضه في مذبحه فاذا جوزنا ذلك فكان يخرج منه ان هذا المقدار مما يجوز فيه التحري (فرع) وهل يجوز ذلك في الحي في الواضحة لا يباع ما لا يقتنى من الوحش والطير بجزء من صنفه الا تحريا مثلا بمثل رواه عيسى عن ابن القاسم في العتبية في الجلد يجوز التحري في الحي وفي الموازية كره ابن القاسم ما لا يحيا من الطير باللحم تحريا قال أصبغ لانه حي بعد ويحتمل أن يريد به انه يدخله اللحم بالحيوان وهو الأظهر ويحتمل أن يريد به تعذر التحري في اللحم الحي ويحتمل ان يريد به تعذر التحري فيهما لاختلافهما بالحياة والموت وقد تقدم من قول مالك انه جوز بيع الشارف المكسور باللحم ولم يراع شيئا من ذلك (فرع) واختلف قول مالك في منع المجفوف والنيء بالتحري ففي المدونة انه لا يجوز اللحم النيء بالقديد وان تحرى فيه التماثل لانه لا يبلغ التماثل فيه وقد ذكر انه أجازه ثم رجع وكذلك النيء بالمكمور وكذلك اللحم المشوي بالنيء فوجه الاباحة انه لحم فجاز فيه التحري مع اختلاف حاله أصل ذلك الحي والمذبوح ووجه المنع ان اختلاف

مايجب فيه التماثل بالجفوف بالرطوبة يمنع التحري فيه كالعنب بالزبيب والرطب بالتمر ص ﴿ قال مالك ولا بأس بلحم الحيتان بلحم البقر والابل والغنم وما أشبه ذلك من الوحوش كلها اثنين بواحد وأكثر من ذلك يدا بيد فان دخل ذلك الأجل فلا خير فيه * قال مالك وأرى لحوم الطير كلها مخالفة للحوم الأنعام والحيتان فلا أرى بأسا أن يشترى بعض ذلك ببعض متفاضلا يدا بيد ولا يباع شئ من ذلك الى أجل ﴾ ش وهذا على ماقال ان لحم الحيتان وان كان من غير جنس ذوات الأربع لما قلناه ويجوز بينهما التفاضل فانه لايجوز بينهما الأجل خلافا لأبى حنيفة والدليل على مانقوله ان كل شيئين جمعتهما علة واحدة فى الربا فانه لايجوز بيع أحدهما بالآخر نسا كالذهب والورق (مسئلة) وهكذا حكم اللحم بالحيوان الذى حكمه حكم اللحم كالشارف والكسير لايجوز بيع أحدهما بالآخر من جنسه ولا بشئ من الطعام الى أجل رواه عيسى عن ابن القاسم ووجه ذلك انه اذا لم يكن فيه منفعة غير اللحم فان حكمه حكم اللحم وهو طعام فلا يجوز بطعام من جنسه ولا من غير جنسه الا يدا بيد وكان يجب على هذا أن لايجوز الحيوان بعضه ببعض اذا لم تكن فيه منفعة لغير اللحم الا يدا بيد من جنس واحد كانا أو من جنسين لكنه أثرت الحياة فيها لما تساوى الغرضان فيها ما أثر التساوى فى بيع الزيتون بالزيتون حبا وان لم يعلم أن مافيهما من الزيت متماثل ولا يجب بيع الزيتون بالزيت لانه يعلم أن مافى الزيتون من الزيت مساو للزيت المنفرد ولما أثر فى ذلك التماثل جاز أن يؤثر فى التقابض فى المجلس

﴿ ماجاء فى ثمن الكلب ﴾

ص ﴿ مالك عن ابن شهاب عن أبى بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام عن أبى مسعود الأنصارى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الكلب ومهر البغى وحلوان الكاهن يعنى بمهر البغى ماتعطاه المرأة على الزنا وحلوان الكاهن رشوته ومايعطى على أن يتكاهن قال مالك أكره ثمن الكلب الضارى وغير الضارى لنهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ثمن الكلب ﴾ ش نهيه صلى الله عليه وسلم عن ثمن الكلب يحتمل أن يريد به ثمن الكلب المنهى عن اتخاذه فيتناول نهيه البائع عن أخذ ثمنه والانتفاع به وهذا يمنع نفعه وأما الكلب المباح اتخاذه وهو كلب الماشية والحرث والصيد فاختلف فيه قول مالك فيتأول بعض أصحابه انه يجوز بيعه وقال سحنون يجوز أن يحج بثمنه وقاله ابن كنانة وبه قال أبو حنيفة وروى عنه ابن القاسم انه كره بيعه وهى رواية الموطأ وجه القول الاول ماروى أبو صالح وابن سيرين عن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من اقتنى كلبا فانه ينقص من عمله كل يوم قيراط الا كلب غنم أو حرث أو صيد فأباح اتخاذ مااستثنى منها واذا أباح اتخاذه جاز بيعه كسائر الحيوان ووجه الرواية الثانية الحديث المتقدم انه صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الكلب وهذا عام فيحمل على عمومه (فرع) فاذا قلنا بالمنع من بيع الكلب الضارى فقد قال القاضى أبو محمد ان أصحابنا اختلفوا فى ذلك فمنهم من قال هذا مكروه ويصح ومنهم من قال لايجوز وبه قال الشافعى فمن قتله على الوجهين فعليه لصاحبه قيمته عند مالك وقال الشافعى لاقيمة عليه والدليل على مانقوله ان هذا حيوان أبيح الانتفاع به فاذا لم يجز بيعه كان على مستهلكه قيمته كأم الولد (فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم وعن مهر البغى يريد ماتعطاه الزانية من استباحتها وحلوان الكاهن وهو مايعطاه الكاهن لتكهنه لانه أكل المال بالباطل ولان التكهن محرم وماحرم

* قال مالك ولا بأس بلحم الحيتان بلحم الابل والبقر والغنم وما أشبه ذلك من الوحوش كلها اثنين بواحد وأكثر من ذلك يدا بيد فان دخل ذلك الأجل فلا خير فيه * قال مالك وأرى لحوم الطير كلها مخالفة للحوم الأنعام والحيتان فلا أرى باسا بأن يشترى بعض ذلك ببعض متفاضلا يدا بيد ولا يباع شئ من ذلك الى أجل

﴿ ماجاء فى ثمن الكلب ﴾

* حدثنى يحيى عن مالك عن ابن شهاب عن أبى بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام عن أبى مسعود الانصارى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الكلب ومهر البغى وحلوان الكاهن يعنى بمهر البغى ماتعطاه المرأة على الزنا وحلوان الكاهن رشوته ومايعطى على أن يتكاهن * قال مالك اكره ثمن الكلب الضارى وغير الضارى لنهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ثمن الكلب

﴿ السلف وبيع العروض بعضها ببعض ﴾

ص ﴿مالك انه بلغه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وسلف ﴿قال مالك وتفسير ذلك أن يقول الرجل للرجل آخذ سلعتك بكذا وكذا على أن تسلفني كذا وكذا فان عقدا بيعهما على هذا الوجه فهو غير جائز فان ترك الذى اشترط السلف ما اشترط منه كان ذلك البيع جائزا ﴾ش ما روى انه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وسلف لا نعلم له اسنادا صحيحا وأشبهها ما روى أيوب عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يحل بيع وسلف وأجمع الفقهاء على المنع من ذلك وتلقى الأمة له بالقبول والعمل به يدل على صحة معناه وذلك يقوم له مقام الاسناد ووجه ذلك من جهة المعنى ان القرض أنه ليس من عقود المعاوضة وانما هو من عقود البر والمكارمة فلا يصح أن يكون له عوض فان قارن فقد فرض عقد معاوضة وكان له حصة من العوض فيخرج من مقتضاه فبطل وبطل ما قارنه من عقود المعاوضة ووجه آخر وهو انه ان كان غير موقت فهو غير لازم للقرض وما نافاه غير لازم للقرض وان كان غير موقت فهو غير لازم للقرض والبيع وما أشبهه من العقود اللازمة كالاجارة والنكاح لا يجوز أن يقارنها عقد غير لازم لتنافى حكميهما

(فصل) قال مالك وتفسير ذلك أن يقول الرجل للرجل بعنى ثوبا بكذا وكذا على أن تسلفني كذا وكذا فان عقدا بيعهما على هذا فهو غير جائز فان أدركت السلعة قبل أن يقبضها المبتاع أو بعدما قبضها وقبل أن تفوت عنده وتغاب البائع على الثمن فان البيع ينقض وترد السلعة قاله ابن حبيب وسحنون ويجب أن يرد البيع والسلف جميعا وذلك أن مغيب البائع على الثمن يتم به فساد العقد لانه قد وجد بذلك السلف الذى أفسد العقد ومالم يقبضه لم يوجد المعنى المفسد للعقد (مسئلة) فان فاتت السلعة عند المشترى ولم يقبض السلف وكان مشترط السلف هو المبتاع فعليه الأقل من القيمة أو الثمن وان كان مشترطه البائع فله الأكثر من القيمة أو الثمن قاله ابن حبيب وسحنون ووجه ذلك أن مشترط السلف حجته أن يقول لولا ما اشترطته من السلف ما رضيت بذلك الثمن وقال أصبغ فى غير كتاب ابن حبيب ان اشترط البائع السلف فله القيمة مالم يجاوز الثمن والسلف وان اشترط المبتاع السلف فعليه الأقل ما بلغ (مسئلة) ولو كانت السلعة عند البائع أو بيد المبتاع قائمة ولم يغب المقترض على القرض فالمشهور من مذهب مالك أن مشترط القرض ان تركه صح البيع وحكى الشيخ أبو بكر أن بعض المدنيين روى عن مالك انه لا يصح البيع وان ترك القرض قال وهو القياس وبه قال أبو حنيفة والشافعى قال الشيخ أبو بكر ووجهه ان البيع قد فسد عقده باشتراط السلف كالبيع فى الخمر والخنزير وقد فرق بينهما القاضى أبو اسحاق بان من باع من رجل ثوبا بدرهم وخمرا وخنزيرا فقال أنا أدع الخمر ان البيع مفسوخ عند مالك قال لان مشترط السلف مخير فى أخذه وتركه ومشترط الخمر غير مخير يوازن مسئلة السلف أن يقول أبيعك الثوب بمائة دينار على ان شئت أن تزيدني زق خمر زدتني وان شئت تركته ثم ترك زق خمر جاز البيع ولو أخذه فسد البيع والذى قال القاضى أبو اسحاق كلام صحيح وذلك ان القرض مبنى على انه متعلق باختيار المقرض والمبيع ليس معلقا على اختياره بل يلزم مشتريه قبضه ويجبر على ذلك وقد أنكر هذا القول عليه بعض من لم يفهم قوله ولم يفهمه ص ﴿ قال مالك ولا بأس أن يشترى الثوب من الكتان

﴿السلف وبيع العروض بعضها ببعض ﴾

* حدثنى يحيى عن مالك انه بلغه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وسلف * قال مالك وتفسير ذلك أن يقول الرجل للرجل آخذ سلعتك بكذا وكذا على أن تسلفني كذا وكذا فان عقدا بيعهما على هذا الوجه فهو غير جائز فان ترك الذى اشترط السلف ما اشترط منه كان ذلك البيع جائزا * قال مالك ولا بأس أن يشترى الثوب من الكتان

أوالشطوى أوالقصبي بالأثواب من الاتريبي أوالقسي أوالزيقة أوالثوب الهروى أوالمروى بالملاحف اليمانية والشقائق وما أشبه ذلك الواحد بالاثنين أوالثلاثة يدا بيد أوالى أجل وان كان من صنف واحد فان دخل ذلك نسيئة فلاخير فيه * قال مالك ولا يصلح حتى يختلف فيبين اختلافه فاذا أشبه بعض ذلك بعضا وان اختلفت أسماؤه فلا يأخذ منه اثنين بواحد الى أجل وذلك أن يأخذ الثوبين من الهروى بالثوب من المروى أوالقوهى الى أجل أو يأخذ الثوبين من الفرقبي بالثوب من الشطوى فاذا كانت هذه الأجناس على هذه الصفة فلا يشترى منها اثنان بواحد الى أجل قال مالك ولا بأس أن تبيع ما اشتريت منها قبل أن تستوفيه من غير صاحبه الذى اشتريته منه اذا انتقدت ثمنه * ش قوله لا بأس بالثوب من الكتان من الشطوى أوالقصبي بالأثواب من الاتريبي أوالقسي أوالزيقة يريد أن رقيق الكتان وهى الشطوية وما أشبهها من القصبي والفرقبي والقسي لا بأس به بغليظ ثياب الكتان وهى الاتريبي وما أشبهه من القسي والزيقة والمريسية الى أجل وأصل ذلك ان ما اختلف فى جنسه من الثياب يجوز بيعه بما خالفه فى جنسه الى أجل لا يجوز ذلك فيما كان من جنسه وانما يختلف جنسها بالرقة والغلظ لانها المنفعة المقصودة منها وكذلك القطن رقيقه وهو المروى والهروى والقوهى والعدنى جنس مخالف لغليظه وهى الشقائق والملاحف اليمانية الغلاظ ذكر ذلك كله ابن القاسم فى المدونة وغيرها وفى الواضحة أن ثياب القطن صنف وان اختلفت جودتها وأثمانها وبلدانها وكانت هذه عمائم وهذه أرديه وشقق لتقارب منافعها قال الا ما كان من وشى القطن والصنعانى والسعيدى والعصب والحبر والمنسطب والمسير وشبهه ولا بأس به فبياض ثياب القطن متفاضلا الى أجل وما اختلف أيضا فى الرداءة والجودة والغلظ والرقة فتباين وتباعد فى نفعه وجماله فانهما صنفان يجوز فيهما التفاضل الى أجل فجعل اختلاف الجنس بمعنيين بالصبغ على الوجه الذى ذكروه بالرقة والغلظ ولم يذكر الاختلاف بالصبغ وانما ذكره بالرقة والغلظ لان ثياب الكتان لم تكن هناك تستعمل على هذا الوجه وأما ثياب الحرير فصنف وان اختلفت أثمانها وجودتها وصنعتها من أردية وأخمرة وغيرها وكذلك ثياب الخز وثياب الشقيق الا ثياب وشى الحرير فلا بأس بها بثياب بياض الحرير واحد باثنين الى أجل فجعل الصنف فى الحرير يختلف بالصبغ والبياض ولم يذكر اختلافه بالرقة والغلظ وثياب الحرير صنف الا ما يختلف فى الغلظ والرقة وثياب الصوف والمرعزاء كلها صنف وان اختلفت البلدان والثمن فلا يجوز كساء مرعز بكساءين من الصوف الى أجل ولا بالجباب ولا مساسارى بمصريين حتى تختلف أنواع صنفها مثل الطيفان الطرازية بالجبب المرعزية ومثل القطن بالبسط فيجوز متفاضلا الى أجل وكذلك ثياب تتباين فى الرقة فيجوز ذلك فيها (مسئلة) فاما صنف فى خلافه مثل ثوب قطن فى ثياب كتان أو صوف أو وشى أو حرير أو خز واحد باثنين الى أجل فلا بأس به وان تساوت فى الجمال والرقة لاختلاف أصوله قال ذلك كله ابن حبيب فى واضحته وقد غلط فى ذلك بعض من فسر الموطأ فتأول عليه انه جعل الكتان والقطن صنفا واحدا وليس فى اللفظ ما يقتضى ذلك والله أعلم وقد قال فضل فى مختصر المدونة ابن القاسم يجعل ثياب القطن صنفا وثياب الكتان صنفا آخر وأشهب يجعلهما صنفا واحدا

(فصل) وقوله ولا يصلح حتى يختلف فيبين اختلافه يريد بما تقدم من الجنس بالرقة والغلظ وفى بعضها بالصبغ على الوجه المذكور وأما اذا أشبه بعض ذلك بعضا وان اختلفت أسماؤه فلا يجوز فيه التفاضل مع الأجل يريد مثل قول العدنى والمروى والهروى فانه قد اختلفت أسماء ذلك ولا يجوز فيها

أو الشطوى أو القصبي بالأثواب من الاتريبي أو القسي أوالزيقة أوالثوب الهروى أو المروى بالملاحف اليمانية والشقائق وما أشبه ذلك الواحد بالاثنين أو الثلاثة يدا بيد أوالى أجل وان كان من صنف واحد فان دخل ذلك نسيئة فلاخير فيه * قال مالك ولا يصلح حتى يختلف فيبين اختلافه فاذا أشبه بعض ذلك بعضا وان اختلفت أسماؤه فلا يأخذ منه اثنين بواحد الى أجل وذلك أن يأخذ الثوبين من الهروى بالثوب من المروى أو القوهى الى أجل أو يأخذ الثوبين من الفرقبي بالثوب من الشطوى فاذا كانت هذه الاجناس على هذه الصفة فلا يشترى منها اثنان بواحد الى أجل * قال مالك ولا بأس أن تبيع ما اشتريت منها قبل أن تستوفيه من غير صاحبه الذى اشتريته منه اذا انتقدت ثمنه

التفاضل مع الأجل لتقارب المنفعة التي في معنى الجنس ومذهب أبي حنيفة يقرب من مذهب مالك في ذلك وهو قول النخعي وجوز الشافعي التفاضل مع التساوي في الصنف الواحد وهو قول سعيد ابن المسيب قال أبو الزناد خالف الناس كلهم سعيد بن المسيب في قوله لا بأس بقبطية بقبطيتين من صنف واحد الى أجل وقد تقدم بيان ذلك فيما تقدم من ذكر الحيوان وقال عيسى بن دينار ومحمد بن عيسى الشطوي ما عمل بشطا وهو من الكتان والاتريبي ما عمل بقرية من قرى مصر يقال لها اتريب والقسي بالقس كورة من كور مصر والزيقة ما عمل بصعيد مصر وهي ثياب غليظة واليمانية ما كان من هذه البرود والصنعاني كله والشقائق من الأبراد الصفاق الضيقة

﴿ السلفة في العروض ﴾

ص ﴿ مالك عن يحيى بن سعيد عن القاسم بن محمد انه قال سمعت عبد الله بن عباس ورجل يسأله عن رجل سلف في سبائب فأراد بيعها قبل أن يقبضها فقال ابن عباس تلك الورق بالورق وكره ذلك * قال مالك وذلك فيما نرى والله أعلم انه أراد أن يبيعها من صاحبها الذي اشتراها منه بأكثر من الثمن الذي ابتاعها به ولو انه باعها من غير الذي اشتراها منه لم يكن بذلك بأس * قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا فمن سلف في رقيق أو ماشية أو عروض فاذا كان كل شئ من ذلك موصوفا فسلف فيه الى أجل فحل الأجل فان المشتري لا يبيع شيأ من ذلك من الذي اشتراه منه بأكثر من الثمن الذي سلفه فيه قبل أن يقبض ما سلفه فيه وذلك انه اذا فعله فهو الربا صار المشتري ان أعطى الذي باعه دنانير أو دراهم فانتفع بها فلما حلت عليه السلعة ولم يقبضها المشتري باعها من صاحبها بأكثر مما سلفه فيها فصار أن رد اليه ما سلفه وزاده من عنده ﴾ ش قوله عن رجل سلف في سبائب قال مالك السبائب غلائل عمانية فقال ابن عباس فمن باعها قبل أن يقبضها ذلك الورق بالورق وكره ذلك وقال مالك ان معنى ذلك انه أراد أن يبيعها من بائعها منه بأكثر من الثمن الذي دفع اليه فيها فيدخله الورق بالورق متفاضلا ويحتمل قول مالك هذا أن يريد بيان مذهب ابن عباس ويحتمل أن يريد بما يحتمله اللفظ المروي في ذلك مما هو الصواب عنده وقد قال عيسى سألت ابن القاسم عن ربح ما لم يضمن فقال ذكر مالك انه بيع الطعام قبل أن يستوفى لان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام قبل أن يستوفى فربحه حرام قال وأما غير الطعام العروض والحيوان والثياب فان ربحه حلال لا بأس به لان بيعه قبل استيفائه حلال ومن كتاب محمد أن من ربح ما لم يضمن أن يبيع لرجل شيأ بغير أمره ثم يبتاعه منه وهو لا يعلم بيعك بأقل من الثمن وكذلك بيعك ما ابتعت بالخيار لا تبعه حتى تعلم البائع وتشهد انك رضيته فان لم تعلمه فربحه للبائع وان قلت بعت بعد ان اخترت صدقت مع يمينك وكذلك الربح (مسئلة) وأما ما خلا المطعوم فانه يجوز بيعه من بائعه ومن غيره قبل قبضه سواء كان فيه حق توفية من عدد أو كيل أو لم يكن فيه حق توفية كالثوب المعين وقال أبو حنيفة كل ما ينقل ويحول فانه لا يجوز بيعه قبل استيفائه وكل ما لا ينتقل ولا يحول من الدور والأرضين وما أشبهها فانه يجوز بيعها قبل استيفائها وقال الشافعي لا يجوز بيع شئ من ذلك قبل استيفائه وتعلق شيوخنا في ذلك بان المطعوم بالناس حاجة اليه فكان الاحتياط فيه واجبا * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه والذي عندي انه كان المستعمل في البيع قبل استيفائه المسبب به الى الدرهم بالدرهم حين ورد النهي فاختص الحكم بذلك والله أعلم والدليل على ذلك قوله تعالى وأحل الله البيع وحرم الربا وهذا

* حدثني يحيى عن مالك عن يحيى بن سعيد عن القاسم بن محمد انه قال سمعت عبد الله بن عباس ورجل يسأله عن رجل سلف في سبائب فأراد بيعها قبل أن يقبضها فقال ابن عباس تلك الورق بالورق وكره ذلك * قال مالك وذلك فيما نرى والله أعلم انه أراد أن يبيعها من صاحبها الذي اشتراها منه بأكثر من الثمن الذي ابتاعها به ولو انه باعها من غير الذي اشتراها منه لم يكن بذلك بأس * قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا فمن سلف في رقيق أو ماشية أو عروض فاذا كان كل شئ من ذلك موصوفا فسلف فيه الى أجل فحل الأجل فان المشتري لا يبيع شيأ من ذلك من الذي اشتراه منه بأكثر من الثمن الذي سلفه فيه قبل أن يقبض ما سلفه فيه وذلك انه اذا فعله فهو الربا صار المشتري ان أعطى الذي باعه دنانير أو دراهم فانتفع بها فلما حلت عليه السلعة ولم يقبضها المشتري باعها من صاحبها بأكثر مما سلفه فيها فصار أن رد اليه ما سلفه وزاده من عنده

أجل يسمى ثم حل الأجل فانه لا بأس أن يبيع المشترى تلك السلعة من البائع قبل أن يحل الأجل أو بعد ما يحل بعرض من العروض يعجله ولا يؤخره بالغا ما بلغ ذلك العرض الا الطعام فانه لا يحل أن يبيعه قبل أن يقبضه وللمشترى أن يبيع تلك السلعة من غير صاحبه الذى ابتاعها منه بذهب أو ورق أو عرض من العروض يقبض ذلك ولا يؤخره لأنه اذا أخر ذلك قبح ودخله ما يكره من الكالئ بالكالئ والكالئ بالكالئ أن يبيع الرجل دينا له على رجل بدين على رجل آخر * قال مالك ومن سلف فى سلعة الى أجل وتلك السلعة مما لا يؤكل ولا يشرب فان المشترى يبيعها ممن شاء بنقد أو عرض قبل أن يستوفيها من غير صاحبها الذى اشتراها منه ولا ينبغى له أن يبيعها من الذى ابتاعها منه الا بعرض يقبضه ولا يؤخره * قال مالك وان كانت السلعة لم تحل فلا بأس بأن يبيعها من صاحبها بعرض مخالف لها بين خلافه يقبضه ولا يؤخره

عام فحمل على عمومه ودليلنا على أبى حنيفة ان هذا ليس بطعوم فجاز بيعه قبل قبضه كمنافع الأعيان فى الاجارات ودليل آخر انه ازالة ملك فجاز قبل القبض كالعتق (مسئلة) وقول مالك وهو الأمر عندنا فيمن سلف فى رقيق أو عروض فان المشترى لا يبيع شيأ من ذلك من الذى عليه با كثر من الثمن الذى سلف فيه قبل أن يقبضه منه يريد ما دام فى ذمته وقبل استيفائه منه لانه يكون حينئذ قد دفع اليه دينارا وأخذ منه به دينارين وأما ان باعه منه بمثل الثمن الذى اشتراه به منه أو أقل من ذلك فانه لا بأس به لانه فى بيعه بمثله يعود الى معنى القرض فاذا باعه باقل من الثمن بعد عن التهمة لان مثل هذا لا يفعل لا يقصد أحد أن يسلف دينارين فى دينار واحد (مسئلة) ويجوز أن يبيعه منه بغير العين بكل ما يجوز أن يسلم فى المسلف فيه قال فى المدونة ان كانت ثيابا فرقبية فلا باس أن يبيعها قبل الاجل بثياب قطن مروية أو هروية أو حيوان فجعل القرقبية وهى من رقيق الكتان من غير جنس ثياب القطن الرقيقة لاختلافها فى جنس الأصل وسيتم بعد هذا الكلام فى هذه المسئلة ان شاء الله تعالى ص * قال مالك من سلف ذهبا أو ورقا فى حيوان أو عروض اذا كان موصوفا الى أجل يسمى ثم حل الأجل فانه لا بأس أن يبيع المشترى تلك السلعة من البائع قبل أن يحل الأجل أو بعد ما يحل بعرض من العروض يعجله ولا يؤخره بالغا ما بلغ ذلك العرض الا الطعام فانه لا يحل أن يبيعه قبل أن يقبضه وللمشترى أن يبيع تلك السلعة من غير صاحبه الذى ابتاعها منه بذهب أو ورق أو عرض من العروض يقبض ذلك ولا يؤخره لانه اذا أخر ذلك قبح ودخله ما يكره من الكالئ بالكالئ والكالئ بالكالئ أن يبيع الرجل دينا له على رجل بدين على رجل آخر * قال مالك ومن سلف فى سلعة الى أجل وتلك السلعة مما لا يؤكل ولا يشرب فان المشترى يبيعها ممن شاء بنقد أو عرض قبل أن يستوفيها من غير صاحبها الذى اشتراها منه ولا ينبغى له أن يبيعها من الذى ابتاعها منه الا بعرض يقبضه ولا يؤخره قال مالك وان كانت السلعة لم تحل فلا بأس بأن يبيعها من صاحبها بعرض مخالف لها بين خلافه يقبضه ولا يؤخره * ش قوله من سلف ذهبا أو ورقا فى حيوان فلا بأس أن يبيعه من البائع قبل الأجل وبعده بعرض يعجله ولا يؤخره على ما تقدم وذلك أنه على ثلاثة أحوال أحدها أن يبيعها منه قبل أن يفترقا من مجلس السلم والثانى بعد أن يفترقا وقبل حلول أجل السلم والثالث بعد حلول أجل السلم فاما قبل التفرق فقد قال أشهب فى المجموعة من أسلم فى غير الطعام عينا أو طعاما أو عرضا لا يعرف بعينه أو مما يعرف ثم باعه من البائع قبل التفرق جاز أن يبيعه منه بما شاء وان نقده دنانير وأخذ دراهم أو أخذ دنانير أكثر من دنانيره ولا يجوز ذلك بعد التفرق * وقال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه ومعنى ذلك عندى أن يأخذ من جنس دنانيره أكثر فيعلم انه لم يقصد اعطاء دينار بدينارين فيصح لبعد التهمة فى البيع الاول والثانى وهذا على مذهب أشهب وأما على قول ابن القاسم فلا يجوز أن يأخذ منه أكثر من ذهبه (مسئلة) فان كان بعد التفرق وقبل الاجل فانه لا يجوز الا بما يجوز أن يسلم فى الحيوان المسلم فيه ويجوز أن يسلم فيه رأس المال فيتحرز من الأمرين وأما بعد الأجل فانما براعى معنى واحد وهو أن يكون رأس مال السلم لا يجوز أن يسلم فيما باعه به وان كان ما باعه به لا يجوز أن يسلم فيما باعه لان حكمه حكم التناجز لانه يأخذ ما باع به نقدا لا يجوز فيه التأخير وما فى ذمة المسلم اليه بمنزلة النقد فلا يفسد ذلك من هذا الوجه الا ما يفسد بيع النقد وانما براعى ذلك فى رأس مال السلم وما قبضه ثمنا للمسلم فيه لما بينهما من التأخير والله أعلم (مسئلة) ومن شرط صحة هذا البيع القبض قبل التفرق أو ما هو فى حكم ذلك لانه يدخله قبل الاجل وبعده فسخ دين فى دين وذلك ممنوع

باتفاق (مسئلة) فان كان ما يأخذ مما يمكن قبضه لوقته كالثوب فلا يجوز أن يؤخره به الامثل ذهابه الى البيت واما أن يفارقه ويطلبه فلا يجوز ذلك لانه يدخله فسخ دين فى دين ووجه ذلك انه كان له عليه حيوان مضمون فى ذمته فنقله الى ثوب مضمون فى ذمته (فرع) وان تفرقا قبل القبض فسخ البيع ان عملا على ذلك أو كانا من أهل العينة فان لم يكونا كذلك فليلح عليه حتى يأخذ منه حقه قاله أشهب فى كتاب محمد (مسئلة) اذا ثبت أن تعجيل القبض من شرط هذا العقد فان كان الثمن طعاما أو غيره فلا يجوز أن يؤخره به الاقدر ما يأتى فى مثله بحمال يحمله قاله ابن القاسم وأشهب وكذلك لو كان مما يكال فيه الأيام والشهر لم يكن بذلك بأس اذا شرع فيه لان هذه صفة القبض المعجل ولا يمكن أكثر من ذلك (مسئلة) واذا أخذ من دينه سكنى دار أو زراعة أرض مأمونة أو عملا يعمله له فقد منع ذلك ابن القاسم وجوزه أشهب وكلاهما روى قوله عن مالك وجه القول الأول ان ذمة الذى عليه الدين قد تعلقت به على الصفة التى هو عليها فاذا عارض منه سكنى دار لم تبرأ ذمته من الدين الا باستيفاء مدة السكنى فانتقلت ذمته عما كانت عليه الا أن يكون حالها متقيا ان استوفيت مدة السكنى برئت وان منع من ذلك مانع رجع عليها ببقية الدين فصار مشغوله على غير الوجه الذى كانت عليه مشغوله وذلك من فسخ الدين بالدين لان معنى فسخ الدين فى الدين أن يشغل الذمة على غير ما كانت عليه مشغوله به ولذلك قالا لا يجوز أن يأخذ بدينه ثمرة قد بدا اصلاحها و يتأخر جذاذها ووجه قول أشهب ما احتج به من أن قبضه لرقبة الدار بمنزلة قبضه لمنافعها والله أعلم (مسئلة) ومن أسلم الى رجل فى ثوب ثم زاده على أن يزيده فى طوله فلا بأس بذلك الى الأجل الأول لانه سلم بعد سلم وسواء كان المسلم اليه حائكا أو غيره قاله مالك فان زاده على أن يزيده فى الصفاقة والطول فى كتاب محمد لا يجوز ذلك لانه قد نقله الى صفة أخرى فاشترى الصفة الثانية بالاولى والزيادة وان زاده على أن يزيده فى العرض

(فصل) وقوله وللمشترى أن يبيع تلك السلعة من غير البائع بما شاء من ذهب أو ورق أو عرض فى هذا فصلان أحدهما فى مراعاة ما سلم من رأس المال والثانى فى مراعاة ما باع من المسلم فيه فأما رأس المال فلا يراعى مع بائع أجنبي فيجوز أن يسلم دنانير و يبيع بورق أو غير ذلك لانه لا يراعى فى البيع من زيد ما ابتيع من عمرو كبيع النقد وأما المسلم فيه فانه يجب أن يكون ما باع به مما لا يجوز أن يسلم فى المبيع المسلم فيه والا دخله الفساد لان ما يأخذه من الثمن عوض لما يبيع من المسلم فيه ويدخل بيعهما التأخير فيفسد ذلك ما يفسد السلم

(فصل)وقوله يقبض ذلك ولا يؤخره لانه اذا أخره قبح ودخله الكالئ بالكالئ ومعنى ذلك انه اذا أخر المسلم المبتاع منه بثمن ما باعه منه من المسلم فيه دخله الكالئ بالكالئ لأنه باع ما هو كالئ على المبتاع منه وتبقى الذمتان مشتغلتين بالعوضين وذلك فاسد كالو تأجل العوضان على البائع والمشترى وهذه البياعات غير جائزة عند أبى حنيفة والشافعى لأنه لا يجوز عندهما بيع ما ينقل و يحول قبل قبضه

(فصل) وقوله والكالئ بالكالئ ان يبيع الرجل دينا على رجل بدين له على رجل آخر يريد ما ذكرناه من ان يبيع دينا له على رجل من رجل آخر بعرض يؤخره عليه وانما يعنى بذلك أن هذا من جملة الكالئ بالكالئ لأن هذا هو جميع ما يقع عليه الاسم بل بيع ثوب الى أجل بحيوان على بائعه الى أجل أدخل فى باب الكالئ بالكالئ والله أعلم (مسئله) فاذا ابعت دينك على

رجل بثمن على غيره لم يجز تأخيره أيضا الا اليوم واليومين فقط وفي كتاب محمد ومن وليته طعاما أو عرضا في ذمة رجل فلا يجوز أن يؤخره بالثمن يوما ولا أقل منه وهو كالصرف قال محمد وأما في الطعام أوفيما باعه من صاحبه فكما قال فأما غير الطعام يبيعه ممن هو عليه فيجوز أن يؤخره بالثمن اليوم واليومين * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه ووجه ذلك عندي أن الدين بالدين معفو عن يسيره ولذلك يتأخر رأس مال السلم هذا المقدار ويحتاط في الطعام للنع من بيعه قبل استيفائه وأما فسخ الدين في الدين فلا يعفى منه عن شيء ولذلك افترقا والله أعلم ص * قال مالك فيمن سلف دنانير أو دراهم في أربعة أثواب موصوفة الى أجل فلما حل الأجل تقاضى صاحبها فلم يجدها عنده ووجد عنده ثيابا دونها من صنفها فقال له الذي عليه الاثواب أعطيك بها ثمانية أثواب من ثيابي هذه أنه لا بأس بذلك اذا أخذ تلك الأثواب التي يعطيه قبل أن يفترقا * قال مالك فان دخل ذلك الاجل فانه لا يصلح وان كان ذلك قبل محل الاجل فانه لا يصلح أيضا الا أن يبيعه ثيابا ليست من صنف الثياب التي سلفه فيها * ش قوله من سلف في أربعة أثواب موصوفة فلا بأس أن يأخذ منه عند الاجل ثمانية أثواب من جنسها أدون منها يقتضي أن رقيق الكتان جنس واحد وان اختلفت أثمانه حتى يكون للثوب منه ثمن الثوبين والاكثر لكنه من جملة الرقيق كما أن غليظه جنس مخالف لرقيقه وان اختلفت أثمانه وتفاوتت ولو اختلفت أجناسه باختلاف أثمانه لكان من الكتان أجناس كثيرة وكذلك حكم سائر أنواع الثياب من القطن والصوف والخز والحرير وغير ذلك والله أعلم (فرع) اذا ثبت ذلك فانه لا يجوز أن يأخذ منه قبل الاجل أدون من ثيابه ولا أفضل لما قدمناه من أنه لا يسلم الجنس من الثياب في جنسه ولأنه يدخله في أخذ الادون ضع وتعجل ويدخله في أخذ الافضل حط عني الضمان وأزيدك (فرع) وهذا في البيع فأما القرض والمؤجل فلا يجوز أن يأخذ منه قبل الاجل أدنى لأنه ضع وتعجل وأما أن يأخذ منه قبل الاجل أفضل فجوزه ابن القاسم ومنعه أشهب قال ابن القاسم لأن له تعجيل القرض قبل الاجل فلا حاجة به الى أن يحط عنه الضمان بزيادة لأنه قادر على أن يحطه بغير زيادة ومذهب أشهب أنه ليس له تعجيله الا باختيار المقرض فلذلك منع منه (مسئلة) واذا حل الاجل جاز أن يأخذ منه أفضل من ثيابه وأدنى وأكثر عددا فان أعطاه أفضل من ثيابه ودرهما أو دينارا فقد قال مالك لا يجوز ذلك ومعناه اذا كان رأس المال عينا لأنه اذا أخذ منه عينا من جنس رأس المال فقد آل أمرهما الى عين مؤجل بعرض وعين من جنسه مؤجل (مسئلة) ولو كانت الزيادة عرضا جاز ذلك وكذلك لو كان رأس مال السلم عرضا يجوز أن يسلم في العرض المسلم فيه وأعطاه عند الاجل أدون من عرضه المسلم فيه وبعيرا أو درهما لجاز لانه يؤل الى حيوان وثياب ودرهم الى أجل وذلك جائز (مسئلة) ولو كان رأس السلم عينا فأخذ المسلم عند الاجل أفضل من ثيابه وزاد عينا من جنس رأس المال لجاز ذلك لانه وان كان فيه عين معجل وعين مؤجل بعرض معجل فان العين المؤجل لما كان يسيرا ضعفت فيه التهمة والله أعلم ولا يجوز عند الشافعي أن يزيد المسلم درهما ويأخذ أفضل مما يسلم لانه بيع لا سلم فيه قبل قبضه وذلك غير جائز عنده وجوز أبو حنيفة ذلك في الثياب دون المكيل والموزون وقد تقدم ذكر ذلك كله (فرع) فان كانت الزيادة من المسلم اليه فلا يفترقان قبل قبضهما لما قدمناه وان كانت من المسلم لفضل ما أخذ على ما كان له جاز أن تتأخر الزيادة رواه على بن زياد عن مالك لانه يدخله الكالىء بالكالىء ولا فسخ عين في دين وذلك ان المسلم معجل ما يتفضل اليه فابتاع الزيادة

* قال مالك فيمن سلف دنانير أو دراهم في أربعة أثواب موصوفة الى أجل فلما حل الأجل تقاضى صاحبها فلم يجدها عنده ووجد عنده ثيابا دونها من صنفها فقال له الذي عليه الأثواب أعطيك بها ثمانية أثواب من ثيابي هذه انه لابأس بذلك اذا أخذ تلك الأثواب التي يعطيه قبل أن يفترقا فان دخل ذلك الأجل فانه لا يصلح وان كان ذلك قبل محل الأجل فانه لا يصلح أيضا الا أن يبيعه ثيابا ليست من صنف الثياب التي سلفه فيها

التي قبضها بثمن مؤخر وذلك جائز (مسئلة) ولو لقي المسلم المسلم اليه بغير بلد السلم بعد أن حل الاجل جاز أن يأخذ منه مثل ماله عليه ولا يأخذ منه أرفع من ذلك قاله ابن القاسم وأشهب في المجموعة قال أشهب لانه اذا أخذ أرفع فهي زيادة لطرح الضمان واذا أخذ أدون فهو وضع لتعجيل الحق (مسئلة) ولو لم يحل الاجل فقد قال ابن القاسم ليس له أن يأخذ منه مثل ماله ولا أرفع ولا أوضع وروى ابن عبدوس عن سحنون ان ذلك جائز وجه القول الاول ما رواه ابن المواز عن ابن القاسم أنه يدخله قبل الاجل ما يدخله في أرفع وأدنى لان المسلم وضع المسافة ليتعجل له حقه والمسلم اليه زادها ليزول عنه الضمان فيدخله الوجهان والله أعلم وجه قول سحنون ان أخذ المثل قبل الأجل جاز وليس للمثل تأثير الامثل تأثير الأجل وكل واحد منهما اذا انفرد لم يمنع قبض المثل فكذلك اذا اجتمعا وقول الجمهور على ما تقدم من قول ابن القاسم

﴿ بيع النحاس والحديد وما أشبههما مما يوزن ﴾

ص ﴿ قال مالك الأمر عندنا فيما يكال ويوزن من غير الذهب والفضة من النحاس والشبه والرصاص والآنك والحديد والقضب والتين والكرسف وما أشبه ذلك مما يوزن فلا بأس بأن يؤخذ من صنف واحد اثنان بواحد يدا بيد ولا بأس أن يؤخذ رطل حديد برطلي حديد ورطل صفر برطلي صفر * قال مالك ولا خير فيه اثنان بواحد من صنف واحد الى أجل فاذا اختلف الصنفان من ذلك فبان اختلافهما فلا بأس أن يؤخذ منه اثنان بواحد الى أجل فان كان الصنف منه يشبه الصنف الآخر وان اختلفا في الاسم مثل الرصاص والآنك والشبه والصفر فاني أكره أن يؤخذ منه اثنان بواحد الى أجل ﴾ ش معنى قوله وذلك ان المكيل والموزون مما ليس بمطعوم ولا ثمن كالحناء والحديد والرصاص والنحاس فانه يجوز فيه التفاضل يدا بيد ويحرم فيه التفاضل مع الأجل في الجنس الواحد منه لما قدمناه قبل هذا

(فصل) وان كان الصنف يشبه الصنف الآخر وان اختلفا في الاسم كالرصاص والآنك فاني أكره أن يباع منه واحد باثنين الى أجل يريد بالتشابه تقارب المنافع مع تقارب الصورة كالآنك والرصاص زاد ابن حبيب والقزدير فانه جنس واحد في هذا الباب وكذلك الشبه والصفر والنحاس جنس واحد والحديد لينه وذكيره جنس واحد وانما يختلف بالعمل فاذا عمل الحديد سيوفا أو سكاكين أو النحاس أواني فانه يصير أصنافا باختلاف المنافع والصور

(فصل) وقوله فاني أكره أن يؤخذ منه اثنان بواحد لما قدمناه من أن الجنس الواحد لا يجوز بعضه ببعض نقدا متفاضلا في ذلك كله الا ما ذكره أصحابنا عن مالك في منع التفاضل في الفلوس واختلفوا في تأويل ذلك فمنهم من قال منعه على الكراهية ومنهم من قال منعه على التحريم وجه الكراهية ان السكة في النحاس صناعة لا تخرجه عن أصله فلم تنقله من اباحة التفاضل الى تحريمه كصناعته طسوتا وأواني ووجه رواية التحريم ان السكة نوع يختص بالأثمان فوجب أن تؤثر في تحريم التفاضل كجنس الذهب والفضة ومن نسب مالكا في هذا القول الى المناقضة فلم يتبين وجه الحكم والله أعلم ص ﴿ قال مالك وما اشتريت من هذه الأصناف كلها فلا بأس أن تبيعه قبل أن تقبضه من غير صاحبه الذي اشتريته منه اذا قبضت ثمنه اذا كنت اشتريته كيلا أو وزنا فان اشتريته جزافا فبعه من غير الذي اشتريته منه بنقد أو الى أجل وذلك أن ضمانه منك اذا اشتريته جزافا ولا

﴿ بيع النحاس والحديد وما أشبههما مما يوزن ﴾

* قال مالك الأمر عندنا فيما يكال ويوزن من غير الذهب والفضة من النحاس والشبه والرصاص والآنك والحديد والقضب والتين والكرسف وما أشبه ذلك مما يوزن فلا بأس بأن يؤخذ من صنف واحد اثنان بواحد يدا بيد ولا بأس أن يؤخذ رطل حديد برطلي حديد ورطل صفر برطلي صفر * قال مالك ولا خير فيه اثنان بواحد من صنف واحد الى أجل فاذا اختلف الصنفان من ذلك فبان اختلافهما فلا بأس بأن يؤخذ منه اثنان بواحد الى أجل فان كان الصنف منه يشبه الصنف الآخر وان اختلفا في الاسم مثل الرصاص والآنك والصفر فاني أكره أن يؤخذ منه اثنان بواحد الى أجل * قال مالك وما اشتريت من هذه الاصناف كلها فلا بأس أن تبيعه قبل أن تقبضه من غير صاحبه الذي اشتريته منه اذا قبضت ثمنه اذا كنت اشتريته كيلا أو وزنا فان اشتريته جزافا فبعه من غير الذي اشتريته منه بنقد أو الى أجل وذلك ان ضمانه منك

يكون ضمانه منك اذا اشتريته وزنا حتى تزنه وتستوفيه وهذا أحب ما سمعت الى في هذه الأشياء كلها وهو الذي لم يزل عليه أمر الناس عندنا ﴾ ش معنى قوله وذلك ان المكيل والموزون مما ليس بمطعوم ولا ثمن كالحناء وقوله وما اشتريت من هذه الأصناف كيلا أو وزنا فبعه من غير بائعه اذا قبضت ثمنه يريد انه لا يكون لك بيعه بثمن مؤجل مالم تستوفه بالكيل أو الوزن كأنه وان كان حاضرا معينا فانه من ضمان البيع حتى توفيه فصار من الكالىء بالكالىء وان اشتراه جزافا جاز بيعه بثمن مؤجل لانه بنفس العقد يكون في ضمان المبتاع ولا تعلق له بضمان البائع وهذا مذهب مالك رحمه الله وهذا في المبيع الحاضر الذي هو من ضمان المشتري بنفس العقد فأما الغائب الذي يكون من ضمان البائع (٢) ص ﴿قال مالك الأمر عندنا فيما يكال أو يوزن مما لا يؤكل ولا يشرب مثل العصفر والنوى والخبط والكتم وما أشبه ذلك أنه لا بأس بأن يؤخذ من كل صنف منه اثنان بواحد يدا بيد ولا يؤخذ من صنف واحد منه اثنان بواحد الى أجل فان اختلف الصنفان فبان اختلافهما فلا بأس بأن يؤخذ منه اثنان بواحد الى أجل وما اشترى من هذه الأصناف كلها فلا بأس بأن يباع قبل أن يستوفى اذا قبض ثمنه من غير صاحبه الذي اشتراه منه * قال مالك وكل شئ ينتفع به الناس من الأصناف كلها وان كانت الحصباء والقصة فكل واحد منهما بمثليه الى أجل فهو ربا وواحد منهما بمثله وزيادة شئ من الأشياء الى أجل فهو ربا ﴾ ش قوله ان ماليس بمطعوم ولا ثمن فانه يجوز بيعه بجنسه يدا بيد متساويا ومتفاضلا ولا يجوز متفاضلا الى أجل ويجوز التفاضل في الجنس الى أجل وقد تقدم ذلك وقوله وكل ماينتفع به الناس وان كان الحصباء والقصة فكل واحد منهما بمثله الى أجل ربا وقد قال ابن حبيب ان التراب الأبيض والتراب الأسود صنفان قال وكذلك الجير والتراب الأبيض قال وكذلك العمد بالصخر والكذان بالرخام والجندل بالحجارة والحجارة بالحصباء قال فهذا كله مختلف يجوز فيه التساوي والتفاضل الى أجل وقال غيره ما استوت منافعه كالجندل بالحجارة لم يجز ذلك فيه والله أعلم

(فصل) وقوله وواحد منهما بمثله وزيادة شئ من الأشياء الى أجل ربا يريد ان ما كان من جنس واحد يحرم فيه التفاضل الى أجل فانه لا يجوز وان كان ذلك الفضل من غير ذلك الجنس وربما كان منفعة أو عملا فانه لا يجوز ذلك فيه وبالله تعالى التوفيق

﴿ النهي عن بيعتين في بيعة ﴾

ص ﴿ مالك أنه بلغه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيعتين في بيعة ﴾ ش نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيعتين في بيعة محمول على ظاهره من التحريم وقال الفقهاء في معنى بيعتين في بيعة أن يتناول عقد البيع بيعتين على ان لا تتم منهما الا واحدة مع لزوم العقد فهذا هو معنى بيعتين في بيعة مثل أن يتبايعا هذا الثوب بدينار وهذا الآخر بدينارين على أن يختار أحدهما أي ذلك شاء وقد لزمهما ذلك أو لزم أحدهما فهذا يوصف بانه بيعتان لانه قد عقد بيعة في الثوب الذي بالدينارين وبيعة أخرى في الثوب الذي بالدينار ولم تجمعهما صفقة لانه لا يتم البيع فيهما ويوصف بانه في بيعة لانه احدى البيعتين فمثل هذا لا يجوز سواء كان ذلك بنقد واحد أو نقدين مختلفين خلافا لعبد العزيز بن أبي سلمة في تجويزه ذلك بالنقد الواحد والدليل على مانقوله ماتقدم من نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيعتين في بيعة ونهيه يقتضي فساد المنهي عنه ومن جهة المعنى ما احتج به مالك من انه

الأشياء كلها وهو الذي لم يزل عليه أمر الناس عندنا * قال مالك الأمر عندنا فيما يكال أو يوزن مما لا يؤكل ولا يشرب مثل العصفر والنوى والخبط والكتم وما يشبه ذلك انه لا بأس بان يؤخذ من كل صنف منه اثنان بواحد يدا بيد ولا يؤخذ من صنف واحد منه اثنان بواحد الى أجل فان اختلف الصنفان فبان اختلافهما فلا بأس بان يؤخذ منه اثنان بواحد الى أجل وما اشترى من هذه الاصناف كلها فلا بأس بان يباع قبل أن يستوفى اذا قبض ثمنه من غير صاحبه الذي اشتراه منه * قال مالك وكل شئ ينتفع به الناس من الاصناف كلها وان كانت الحصباء والقصة فكل واحد منهما بمثليه الى أجل فهو ربا وواحد منهما بمثله وزيادة شئ من الاشياء الى أجل فهو ربا

﴿ النهي عن بيعتين في بيعة ﴾

* حدثني يحيى عن مالك انه بلغه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيعتين في بيعة

يقدر عليه انه قد أخذ أحدهما بالدينار ثم تركه وأخذ الثاني ودفع دينارين فصار الى أن باع ثوبا ودينارا بثوب ودينارين (مسئلة) وأما ان كان ذلك بثمن واحد مثل أن يبيعه أحد هذين الثوبين يختار أيهما شاء بدينار وقد لزمهما ذلك أو لزم البائع فحقيقة المذهب الجواز وفي كتاب محمد قال مالك لا خير فيه قال محمد ومكروه وذلك أن يختلف الثوبان كانا من صنف واحد أو من صنفين اتفق الثمن أو اختلف ومعنى ذلك اذا كانا من صنفين فأما اذا كانا من صنف فان كان بينهما تفاضل يسير فهذا لا يكاد يسلم منه كل ثوبين وان كان بينهما تفاوت في الجودة فهذا الذي ذهب اليه مالك وبه قال في كتاب محمد ان كانت السلعتان مما يجوز أن تسلم احداهما في الاخرى لم يجز ذلك على الزام احداهما فهذا يقتضي أنه اذا كان احداهما من الخيل السابقة أو من رقيق الثياب والثانية من حواشي الخيل وغليظ الثياب لم يجز لان هذا مما تسلم احداهما في الاخرى الا ان مثل هذا لا يكاد يقع على وجه التخيير لان كل واحد يعلم ان الافضل هو لخيار المشتري الا ان يريد بذلك أن يكونا جميعا من الكتان ويكون أحدهما شقة والآخر ثوبا مفصلا بحيث تختلف فيهما الاغراض فقد يأخذ الادون المشتري لغرضه فيه ويأخذ الاجود لفضله فيدخله هذا الغرر (فرق) فاذا قلنا بجواز ذلك وهو الاظهر فالذي يخرج هذا عن أن يكون من بيعتين في بيعة يحتمل ذلك وجهين أحدهما أن يكون من بيعتين في بيعة ولكنه مخصوص بالدليل لتعريه من الغرر والثاني أنه ليس من بيعتين في بيعة لان معنى بيعتين في بيعة أن تكون كل واحدة من البيعتين مقصودة لجنسها مختصة كل واحدة منهما بغرض غير غرض الاخرى وذلك موجود فيه اذا اختلف الثمنان أو اختلف المبيعان للجنس أو لتباين الجودة التي لا يتساوى معها الثمن فيها فاذا تساوى الثمنان وتساوت الجودة أو تقاربت تقاربا يكون في معنى التساوي فانه لا تختص كل واحدة من البيعتين بغرض فلم تكن بيعة ولذلك لا يقال لمن اشترى قفيز حنطة من صبرة انه من باب بيعتين في بيعة ولا بيع كسرة ولا خلاف في المذهب انه يجوز أن يشتري عشرة أكبش يختارها من عشرين كبشا معينة وان كنا لا نشك أنه لا يكاد أن يتفق تساويهما ولكنه يتقارب كثير منها مع تساوي الغرض فيها أو تقاربه والله أعلم (مسئلة) اذا ثبت ما قلناه فمن اشترى أحد ثوبين على أن يختاره من أحدهما فقبضهما على أن يختار فان له أن يختار مدة ما ضرب له لذلك فان هلك أحدهما أو أصابه عيب فلا يخلو أن يكون ذلك قبل أن يختار أو بعده فان كان ذلك قبل أن يختار ففي كتاب ابن المواز عن مالك الهالك المعيب بينهما والسالم بينهما وقال ابن القاسم يضمن نصف التالف منهما وأنكر ذلك ابن حبيب وقال بل يضمن جميع ثمنه قال وقاله لي من كاشفته من أصحاب مالك وقال أشهب في النوادر واذا غاب على الثوبين فهو ضامن لهما وأما في العبدين فلا ضمان عليه في الهالك ويلزمه الباقي والذي عنه في المدونة أن له أن يأخذ الباقي أو يرده وجه قول مالك وابن القاسم انه قبضهما على وجه الاختيار فلم يضمن الا بقدر ماله فيهما من جهة الغرر ألا ترى أنه لو كان له قبل رجل دينار فدفع اليه ثلاثة دنانير ليزنها ويأخذ واحدا منها فضاعت فانه لا يضمن الا واحدا منها ووجه قول ابن حبيب ما احتج به من انه أخذ كل واحد من الثياب بالخيار فاذا لم تقم بينة بضياعه وجب أن يضمنه ألا ترى أنه لو اشترى ثوبين على انه بالخيار ان شاء أخذ أحدهما وان شاء ردهما فضاع الثوبان أو أحدهما فان قول ابن القاسم انه يضمن ما ضاع منهما وفرق ابن القاسم بينهما أنه اذا ابتاع الثوبين على انه بالخيار فقد تناولهما البيع أو أحدهما على وجه واحد فوجب أن يضمنهما واذا اشترى أحدهما على أن يختاره من ثوبين فان الشراء تناول أحدهما وقبض الآخر

* وحدثني مالك انه بلغه ان رجلا قال لرجل ابتع لي هذا البعير بنقد حتى ابتاعه منك الى أجل فسأل عن ذلك عبد الله بن عمر فكرهه ونهى عنه

على وجه الامانة المحضة فلم يضمنه (مسئلة) ومن كان له على رجل دينار فأعطاه ثلاثة دنانير ليزنها ويأخذ منها واحدا فضاعت روى ابن حبيب عن أصحاب مالك انه لا يضمن الا واحدا منها وذلك اذا لم يشك أن فيها وازنا فأما اذا جهل ذلك وضاعت قبل الوزن فلا يضمن شيأ منها ويحلف انه ما علم ان فيها وازنا وفي المدونة فيمن كان له على رجل دينار فيعطيه ثلاثة دنانير يختار أحدها فيذكر انه تلف أحدها انه يكون شريكا قال سحنون ومعنى ذلك أنه لم يعرف تلفه الا بقوله لمعنى رواية ابن حبيب انه لا يضمن اذا لم يعرف ان فيها ما يكون وفاء لحقه لانه لم يقبضه على الاستيفاء فاذا عرف ان فيها وفاء لحقه ضمن منها بقدر حقه لان الباقي انما دفع اليه على وجه التبرع والوديعة المحضة بخلاف من اشترى ثوبا بالخيار من ثوبين فان حقه متعلق بكلا الثوبين حتى يختار وعلى ذلك قبضه وليس كذلك من كان له على رجل دينار فدفع اليه ثلاثة دنانير ليستوفي منها حقه فانه لم يكن استحق عليه أن يدفع اليه غير دينار واحد فيه وفاء عن حقه وجه قول سحنون أيضا انه انما قبضه ليختار فاذا قامت بينة بضياعه فلا ضمان عليه كسلعة أخذها بشراء الخيار لو بها وان لم تقم بينة بضياعها ضمنها الا ان قبضها لمنفعة نفسه وهو مما يغاب عليه (مسئلة) واذا قلنا ان من ابتاع ثوبا بالخيار من ثوبين فضاع أحدهما ان عليه نصف ثمنه فهل يكون له أن يأخذ الباقي بالثمن أو يرده قال ابن القاسم في المدونة عن مالك في الثوب له أن يرد الباقي وقال ابن القاسم وللمشتري أن يأخذ الباقي في أيام الخيار وما قرب منها وروى ابن المواز عن مالك ان عليه نصف المعيب ان دخل أحدهما عيب ونصف الباقي السالم وروى عيسى عن ابن القاسم في العتبية ان تلف أحدهما فله رد الباقي وغرم نصف ثمن التالف وان أراد امساك الباقي فليس له الا نصفه الا أن يرضى البائع بذلك وجه قول المدونة انه لم يتقدم اختياره وهو في مدة الاختيار جاز له أن يختار الباقي فيضمن نصف الاول لما قبضه للاختيار وغاب عليه وله أن يرده فيكون اختياره متعلقا بالتالف لانه لما تلف قبل اختياره لم يضمن جميعه بالثمن ولا يجوز له أن يختار بعد مدة الخيار الباقي لان اختياره في غير مدة الاختيار ووجه رواية ابن المواز ما احتج به ابن القاسم انه قد لزمه نصف الثوب التالف فلا يكون له أن يختار الثوب الباقي فيصير اليه ثوب ونصف وانما ابتاع ثوبا واحدا (فرع) فاذا قلنا يضمن نصف التالف قال ابن القاسم يضمن نصفه بنصف الثمن وقال أشهب في النوادر ان أخذ الباقي كان عليه بالثمن والتالف بالقيمة وان رده فالتالف عليه بالأقل من الثمن أو القيمة

(فصل) ولو قال المبتاع انما ضاع أحدهما بعد ان اخترت الباقي فالقول قوله ويحلف ولا شيء عليه في التالف قاله أصبغ في كتاب محمد ووجه ذلك انه مؤتمن على الاختيار ولو أشهد على اختياره أحد الثوبين بغير محضر البائع ثم ادعى هلاك الباقي قال ابن حبيب ابن القاسم لا يضمنه ومن سواه من أصحاب مالك يضمنه وهو الصواب قال الشيخ أبو محمد كذا في كتاب ابن حبيب فان كان يريد انه يختار أحدهما فهو قول ابن القاسم وان كان يريد انه يختارهما أو ردهما فليس بقول ابن القاسم ص ﴿ مالك انه بلغه ان رجلا قال لرجل ابتع لي هذا البعير بنقد حتى ابتاعه منك الى أجل فسأل عن ذلك عبد الله بن عمر فكرهه ونهى عنه ﴾ ش قوله ابتع لي هذا البعير بنقد حتى ابتاعه منه الى أجل أدخله في ابواب بيعتين في بيعة ووجه ذلك أن يوصف بذلك من جهة انه انعقد بينهما ان المبتاع للبعير بالنقد انما يشتريه على انه قد لزم مبتاعه بأجل باكثر من ذلك الثمن فصار قد انعقد بينهما عقد بيع تضمن بيعتين احداهما الأولى وهي بالنقد والثانية وهي بالأجل وفيها من ذلك بيع ما ليس

عنده لان المبتاع بالنقد قد باع من المبتاع بالأجل البعير قبل أن يملكه وفيما سلف بزيادة لانه يبتاع له البعير بعشرة على أن يبيعه منه بعشرين الى أجل يتضمن ذلك انه سلفه عشرة في عشرين الى أجل وهذه كلها معان تمنع جواز البيع والعينة فيها أظهر من سائرها والله أعلم وقال عيسى سألت ابن القاسم عن تفسير بيعتين في بيعة فقال بيعتان في بيعة أكثر من أن يبلغ ذلك بتفسير وأصل يبنى عليه ومما يعرف به مكروههما ان يتبايعا بامرين ان فسخت أحدهما في الآخر كان حراما وان فسخت أحدهما في الآخر كان غررا قال عيسى فالاول أن يبيعه سلعة بدينار نقدا أو بدينارين الى أجل فهذا ان فسخت أحدهما في الآخر كان حراما والثاني أن يبيعه سلعة بثوب أو شاة فهذا ان فسخ أحدهما في الاخر كان غررا فان وقع ذلك فسخ الا أن يفوت عند المبتاع فتجب فيه القيمة (مسئلة) وان وقع ما ذكره من أن يتفقا على أن يبتاع له البعير فيبيعه منه روى عيسى عن ابن القاسم ان باعه منه بمثل الثمن الذي ابتاعه به فلا بأس به لانه أسلفه الثمن ولا خير في ان يبيعه منه با كثر مما ابتاعه و يفسخ البيع الا أن تفوت السلعة فيكون لبائعه قيمتها نقدا أو بما ابتاعها هذا المشهور من المذهب وروى ابن القاسم عن مالك انها لزمه الا ثنا عشر ولا يفسخ البيع لان المأمور كان ضامنا للسلعة قال ابن القاسم وأحب الي أن يورع عن أخذ ما ازداد وقال عيسى وأحب الي أن يفسخ الا أن تفوت فتكون فيها القيمة لبائعها والله أعلم ص ﴿ مالك انه بلغه ان القاسم بن محمد سئل عن رجل اشترى سلعة بعشرة دنانير نقدا أو بخمسة عشر الى أجل فكره ذلك ونهى عنه قال مالك في رجل ابتاع سلعة من رجل بعشرة دنانير نقدا أو بخمسة عشر دينارا الى أجل قد وجبت للمشتري باحد الثمنين قال مالك انه لا ينبغي ذلك لانه ان أخر العشرة كانت خمسة عشر الى أجل وان نقد العشرة كان انما اشترى بها الخمسة عشر التي الى أجل ﴾ ش وهذا على ما قاله انه اذا اختلف الثمنان واختلف البيعتان بالنقد والتأجيل فقد وضح أنهما بيعتان تضمنتهما بيعة وذلك يمنع صحة العقد وقد دللنا على أنه لا يجوز ذلك مع اختلاف الثمن فقط فان لا يجوز مع اختلاف الثمن واختلافهما بالنقد والأجل أولى وتفسير ذلك ما قال مالك ان من له الخيار منهما ان أنفذ البيع بعشرة نقدا فقد أخذ ذلك بخمسة عشر مؤجلة وتركها وان [illegible] البيع بخمسة عشر مؤجلة فقد أخذها بعشرة نقدا وتركها ولا يجوز ذلك وهذا انما هو من باب الذريعة لتحرز أن يكون الذي له الخيار قد اختار أولا انفاذ العقد بأحد الثمنين ثم بدا له فلم يظهر ذلك وعدل الى الآخر وهذا مما لا يكاد أن يسلم منه مع الترجيح في أفضل الأمرين وما جهما اليهما أو الى أحدهما والله أعلم

(فصل) وقوله وقد وجبت للمشتري بأحد الثمنين يقتضي أن ذلك علة الفساد وقد حكى ابن المواز عن مالك انه ان لزم ذلك المشتري بخيار البائع أو البائع بخيار المشتري في أحد الثمنين أو رد السلعة فهو من بيعتين في بيعة قال ولو كان كل واحد منهما بالخيار لجاز ذلك وان اختلف صنف الثوبين أو اتفقا اذا اختلف الثمنان أو اتفقا ووجه ذلك انه لم ينعقد بينهما شئ وهما على ما كانا عليه قبل أن يأخذ في ذلك في أن كل واحد منهما بالخيار ووجه آخر وهو أنه في حال المساومة وللرجل أن يساوم الآخر في عدد سلع مختلفة الأجناس والأثمان (مسئلة) فان أتى البائع بلفظ الايجاب لم يثبت التخيير في ذلك الا بالتصريح به وأما اذا قال له خذ هذا الثوب ان شئت بدينار أو هذه الشاة بدينار ولم يرد على ذلك لم يجز لانه قد ألزم البيع في أحدهما بغير خيار فهو ايجاب فاسد قاله مالك وروى أشهب عن مالك جواز ذلك قال محمد ورواية أشهب الاولى عن مالك أصح وهي رواية ابن وهب وابن القاسم عن مالك وكذلك لو قال له المشتري قد أخذت لكان قولا فاسدا لاستناده الى

* وحدثني مالك أنه بلغه ان القاسم بن محمد سأل عن رجل اشترى سلعة بعشرة دنانير نقدا أو بخمسة عشر دينارا الى أجل فكره ذلك ونهى عنه * قال مالك في رجل ابتاع سلعة من رجل بعشرة دنانير نقدا أو بخمسة عشر دينارا الى أجل قد وجبت للمشتري باحد الثمنين انه لا ينبغي ذلك لأنه ان أخر العشرة كانت خمسة عشر الى أجل وان نقد العشرة كان انما اشترى بها الخمسة عشر التي الى أجل

الايجاب الفاسد ولتعريه من معنى التخيير والمساومة قال معنى ذلك كله محمد وبينه فى التفسير عيسى عن ابن القاسم قال ولفظ الايجاب أن يقول له خذها بكذا وكذا أو يقول له هى لك بكذا قال عيسى وكذلك أعطيتكها بكذا أو بعتكها بكذا وأما اذا لم يتلفظ بايجاب وانما تلفظ بلفظ المساومة مثل أن يقول أنا أبيع هذا الثوب بدينار وأبيع هذا الآخر بدينارين أو يقول له المشترى بكم سلعتك هذه فيقول بدينار نقدا فيقول له وبكم تبيعها الى أجل فيقول بدينارين فاشترى باحدهما لم يكن بذلك بأس (مسئلة) ويجوز أن يفترقا على انهما بالخيار أو على ان أحدهما بالخيار أو على ان البيع قد لزمهما مع تساوى الثوبين والثمنين على ان الاختيار لأحدهما خلافا لأبى حنيفة والشافعى فى قولهما لا يجوز أن يفترقا الا على ثمن معلوم والدليل على مانقوله ان الثمن معلوم ودخول الاختيار فى أحد الثوبين لا تأثير له فى الثمن وانما يعود لعدم تعيين المبيع وذلك لا يمنع صحة العقد كما لو اشترى منه قفيز قمح من جملة صبرة فيها أقفزة ص * قال مالك فى رجل اشترى من رجل سلعة بدينار نقدا أو بشاة موصوفة الى أجل قد وجب عليه البيع بأحد الثمنين ان ذلك مكروه لا ينبغى لان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيعتين فى بيعة وهذا من بيعتين فى بيعة * قال مالك فى رجل قال لرجل أشترى منك هذه العجوة خمسة عشر صاعا أو الصيحانى عشرة أصوع أو الحنطة المحمولة خمسة عشر صاعا أو الشامية عشرة أصوع بدينار قد وجبت لى احداهما ان ذلك مكروه لا يحل وذلك انه قد أوجب له عشرة أصوع صيحانيا فهو يدعها ويأخذ خمسة عشر صاعا من العجوة أو تجب له خمسة عشر صاعا من الحنطة المحمولة فيدعها ويأخذ عشرة أصوع من الشامية فهذا مكروه لا يحل وهو أيضا يشبه ما نهى عنه من بيعتين فى بيعة وهو أيضا مما نهى عنه أن يباع من صنف واحد من الطعام اثنان بواحد * ش قوله من باع من رجل سلعة بدينار نقدا أو بشاة موصوفة الى أجل وذلك مكروه من بيعتين فى بيعة على ماتقدم لان الثمنين قد اختلفا فى الجنس والقدر وان اختلفا فى الأجل والنقد ولو اختلفا باحدهما لفسد العقد ومتى اختلف أحد العوضين بالجنس أو القدر المقصود أو بالنقد والتأجيل فهو من معنى بيعتين فى بيعة الذى نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عنه (فصل) وقوله فى الذى يشترى العجوة خمسة عشر صاعا أو الصيحانى عشرة أصوع ان ذلك مكروه على ماقدمناه من ان اختلاف جنس أحد العوضين يمنع صحة العقد فلما كان أحد الثمنين صيحانيا وعشرة أصوع والآخر عجوة وخمسة عشر صاعا دخله الفساد من وجهين من جهة القدر المقصود ومن جهة الجنس ولو كان مع ذلك المطعوم من جنس واحد وقدر واحد فيقول له ابتع هذه الصبرة عشرة أصوع بدينار وان شئت من هذه الصبرة التى هى من جنسها عشرة أصوع بدينار وعقدا بيعهما على ذلك لم يجز رواه ابن حبيب عن مالك ووجه ذلك انه يدخله بيع الطعام قبل استيفائه لانه يجوز عليه انه قد رضى باحدهما ثم انتقل عنه الى الآخر فباع الأول قبل استيفائه الثانى (مسئلة) ولو لم يكن فيه حق استيفاء فقد قال مالك فمن باع من رجل تمر حائطه على أن يختار منه البائع ثلاث نخلات ان ذلك جائز ومنع منه ابن القاسم

(فصل) وقوله وقد يشبه ما نهى عنه من بيعتين فى بيعة قد تقدم القول فيه وقال عيسى بن دينار عن ابن القاسم واما شرطان فى شرط بان يقول الرجل للرجل احمل كتابى هذا الى بلد كذا فان بلغته فى يومين فلك كذا وان تأخرت عن ذلك فلك كذا الأقل منه فهذان شرطان فى شرط وهو من بيعتين فى بيعة وقاله أصبغ

* قال مالك فى رجل اشترى من رجل سلعة بدينار نقدا أو بشاة موصوفة الى أجل قد وجب عليه البيع بأحد الثمنين ان ذلك مكروه لا ينبغى لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيعتين فى بيعة وهذا من بيعتين فى بيعة * قال مالك فى رجل قال لرجل اشترى منك هذه العجوة خمسة عشر صاعا أو الصيحانى فى عشرة أصوع أو الحنطة المحمولة خمسة عشر صاعا أو الشامية عشرة أصوع بدينار قد وجبت لى احداهما ان ذلك مكروه لا يحل وذلك انه قد أوجب له عشرة أصوع صيحانيا فهو يدعها ويأخذ خمسة عشر صاعا من العجوة أو تجب له خمسة عشر صاعا من الحنطة المحمولة فيدعها ويأخذ عشرة أصوع من الشامية فهذا مكروه لا يحل وهو أيضا يشبه ما نهى عنه من بيعتين فى بيعة وهو أيضا مما نهى عنه أن يباع من صنف واحد من الطعام اثنان بواحد

﴿ بيع الغرر ﴾

ص ﴿ مالك عن أبي حازم بن دينار عن سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر * قال مالك ومن الغرر والمخاطرة أن يعمد الرجل قد ضلت دابته أو أبق غلامه وثمن الشيء من ذلك خمسون دينارا فيقول له رجل أنا آخذه منك بعشرين دينارا فان وجده المبتاع ذهب من البائع ثلاثون دينارا وان لم يجده ذهب من المبتاع بعشرين دينارا * قال مالك وفي ذلك عيب آخران تلك الضالة ان وجدت لم يدر أزادت أم نقصت أم ما حدث بها من العيوب فهذا أعظم المخاطرة ﴾ ش نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر يقتضي فساده ومعنى بيع الغرر والله أعلم ما كثر فيه الغرر وغلب عليه حتى صار البيع يوصف ببيع الغرر فهذا الذي لا خلاف في المنع منه وأما يسير الغرر فانه لا يؤثر في فساد عقد بيع فانه لا يكاد يخلو عقد منه وانما يختلف العلماء في فساد أعيان العقود لاختلافهم فيما فيه من الغرر وهل هو من حيز الكثير الذي يمنع الصحة أو من حيز القليل الذي لا يمنعها (مسئلة) اذا ثبت ذلك فالغرر يتعلق بالمبيع من ثلاثة أوجه من جهة العقد والعوض والأجل فاما المبيع والثمن فان يكون أحدهما مجهول الصفة حين العقد كشراء الأجنة واشتراطها قال مالك لا خير في بيع ارمكة على انها عقوق وكذلك الغنم والابل الا أن يقول انها عقوق ولا يشترط ذكره ابن المواز وروى عبد الملك بن الحسن عن أشهب يجوز ذلك وفي القول الأول انه غير مقدور على تسليمه حين استحقاق التسليم كالعبد الآبق والجمل الشارد والسلم في ثمرة نخل بعينه وما يشبه ذلك سوى الابل المهملة في الرعي فان رآها المبتاع قال مالك لا يجوز ذلك قال ابن القاسم في كتاب محمد وكذلك المهارات والفلاء الصغار بالبراءة وهي كبيع الآبق وروى أصبغ عن ابن القاسم لا تباع الابل الصغار ولا يوجد الا بالارهاق وعلل ذلك بانه لا يدري متى يوجد وعلل ذلك ابن القاسم بان أحدهما خطر وزاد في العتبية أصبغ عن ابن القاسم انه لا يدري ما فيها من العيوب قال كبيع الغائب بغير صفة وأنكر هذا أصبغ وقال انما يكره لصعوبة أخذها ولولا ذلك لجاز ولكان بيع الغائب وغيره بالبراءة مما لا يعلم جائزا وقال ابن حبيب لا يجوز ذلك بيعت بالبراءة أو بغير البراءة (فرع) اذا ثبت منع هذا البيع فالمبيع من ضمان البائع حتى يقبضه المبتاع قاله ابن القاسم قال ابن حبيب فان فاتت عند المبتاع فعليه قيمتها يوم قبضها ووجه ذلك ان ما منع من بيعه الغرر وما يخاف من تعذر قبضه فانه من البائع وانما يضمنه المبتاع بالقبض كالآبق (مسئلة) وقد يكون مقدورا على تسليمه ويكون الغرر فيه من أجل حاله كالعبد أو غيره من الحيوان لمرض بمرض يخاف منه الموت قال ابن حبيب هو من الغرر ويفسخ البيع ما لم يفت بيد المبتاع فتكون عليه قيمته يوم قبضه (مسئلة) ومن الجهالة في الثمن أن يبيعه السلعة بقيمتها أو بما يعطى فيها ولو قال له بعتك اياها بما شئت ثم سخط ما أرسل اليه قال ابن القاسم ان أعطاه القيمة لزمه ذلك قال محمد معناه ان فات وان لم يفت رد لان هذا لا يجوز في هبة الثواب وجه قول ابن القاسم ان ظاهر أمره المكارمة وتعليق ذلك باختيار المبتاع فأشبه هذا الثوب ووجه قول محمد اعتبارا بلفظ البيع ولذلك فرق بينه وبين التلفظ بالهبة للثواب فجعل للفظ تأثيرا في ذلك والله أعلم (مسئلة) ومن دفع الى رجل داره على أن ينفق عليه حياته روى ابن المواز عن أشهب لا أحب ذلك ولا افسخه ان وقع وقال أصبغ هو حرام لان حياته مجهولة ويفسخ وقال ابن القاسم عن مالك لا يجوز اذا قال على أن ينفق عليه حياته

﴿ بيع الغرر ﴾

* حدثني يحيى عن مالك عن أبي حازم بن دينار عن سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر * قال مالك ومن الغرر والمخاطرة أن يعمد الرجل قد ضلت دابته أو أبق غلامه وثمن الشيء من ذلك خمسون دينارا فيقول رجل أنا آخذه منك بعشرين دينارا فان وجده المبتاع ذهب من البائع ثلاثون دينارا وان لم يجده ذهب من المبتاع بعشرين دينارا * قال مالك وفي ذلك عيب آخر ان تلك الضالة ان وجدت لم يدر أزادت أم نقصت أم ما حدث بها من العيوب فهذا أعظم المخاطرة

(مسئلة) وأما الغرر من جهة العقد فمثل البيعتين فى بيعة لانه لايدرى أى العوضين ابتاع أو باع ومن ذلك بيع الحصاة وهو من بيوع الجاهلية تكون حصاة بيد البائع فاذا سقطت وجب البيع ومن ذلك بيع العربان (مسئلة) وأما تعلق الغرر بالأجل فان يكون مجهولا أو بعيدا فأما المجهول فمثل أن يكون الى موت الى ميسرة أوالى أن يبيع المبيع وما أشبه ذلك وأما البيع من أهل الأسواق على التقاضى وقد عرفوا ان قدر ذلك الشهر ونحوه فجوزه مالك قال الشيخ أبو محمد معنى ذلك فيما جرى بينهم تقاضيه مقطعا قال مالك وان تأخر بعد ماعرف من وجه التقاضى أغرم ذلك وأما البعيد فكره ابن القاسم البيع الى أجل بعيد مثل عشرين سنة أو أكثر ولا يفسخه الا مثل الثمانين والتسعين ولا بأس به الى عشرين سنة وانما اشرت الى كل باب من ذلك باشارة يسيرة وهو مستوعب فى كتاب الاستيفاء وبالله التوفيق

ص * قال مالك والأمر عندنا ان من المخاطرة والغرر اشتراء ما فى بطون الاناث من النساء والدواب لانه لايدرى أيخرج أم لا يخرج فان خرج لم يدر أيكون حسنا أم قبيحا أم تاما أم ناقصا أم ذكرا أم أنثى وذلك كله يتفاضل ان كان على كذا فقيمته كذا وان كان على كذا فقيمته كذا * ش قوله ان من المخاطرة بيع ما فى بطون الاناث من النساء والدواب فالأصل فى ذلك نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن المضامين والملاقيح قال جماعة من أصحابنا المضامين ما فى بطون الاناث والملاقيح ما فى ظهور الذكور وقال ابن حبيب المضامين ما فى ظهور الفحول والملاقيح ما فى بطون الاناث ووجهه من جهة المعنى ما احتج به من انه مجهول الصفة متعذر التسليم وأحد الأمرين يفسد العقد وافسادهما اذا اجتمعا أوكد (مسئلة) فان وقع فى ذلك بيع نقض مالم يخرج الجنين ويقبضه المبتاع ويفوت عنده فان فات عنده فعليه قيمته يوم القبض فان كان من بنى آدم على البائع والمشترى جمعهما فى ملك واحد ووجه ذلك انه بيع فاسد فلا يفوت الا بالتغير بعد القبض فلزم المبتاع قيمته يوم حكم بقبضه ولا يجوز التفرقة بين الأم وولدها الصغير فى الملك فيجبران على جمعهما فى ملك واحد اما بان يبتاع أحدهما من الآخر والا بيعا عليهما وبالله التوفيق

ص * قال مالك ولا ينبغى بيع الاناث واستثناء ما فى بطونها وذلك أن يقول الرجل للرجل ثمن شاتى الغزيرة ثلاثة دنانير فهى لك بدينارين ولى ما فى بطنها فهذا مكروه لانه غرر ومخاطرة * ش أما قوله انه لا ينبغى أن يبيع الرجل شاته الحامل ويستثنى جنينها فعلى ما قاله فأما على قولنا ان المستثنى من المبيع مبيع معه ثم يخرج بالاستثناء من جملته فظاهر لانه مجهول الصفة على ما قدمنا فاذا تناوله البيع فسد البيع ووجهه ان الجملة المرئية اذا استثنى مجهول متناهى الجهالة أثر ذلك فى باقى الجملة جهالة تمنع صحة عقد البيع عليها

ص * قال مالك ولا يحل بيع الزيتون بالزيت ولا الجلجلان بدهن الجلجلان ولا الزبد بالسمن لان المزابنة تدخله ولان الذى يشترى الحب وما أشبهه بشئ مسمى مما يخرج منه لايدرى أيخرج منه أقل من ذلك أو أكثر فهذا غرر ومخاطرة * قال مالك ومن ذلك أيضا اشتراء حب البان بالسليخة فذلك غرر لان الذى يخرج من حب البان هو السليخة ولا بأس بحب البان بالبان المطيب لان البان المطيب قد طيب ونش وتحول عن حال السليخة * ش قوله لا يحل بيع الزيتون بالزيت لما احتج به من أنه من المزابنة وذلك بيع الشئ بما يخرج منه لان المقدار الذى يخرج منه مجهول وهو مما يعتبر فيه التساوى لتحريم الربا فيه وانما قال لانه لايدرى أيخرج منه أقل من ذلك أو أكثر فهذا غرر ومخاطرة يريد انه لا يجوز أن يعطى أحدهما الا أكثر مما لا يشك فى أنه أكثر لما أخذ منه فيخرج بذلك عن المخاطرة والمقامرة لانه يدخله نوع آخر من الفساد وهو التفاضل

لأنه لا يدرى أيخرج أم لا يخرج فان خرج لم يدر أيكون حسنا أم قبيحا أم تاما أم ناقصا أم ذكرا أم أنثى وذلك كله يتفاضل ان كان على كذا فقيمته كذا وان كان على كذا فقيمته كذا * قال مالك ولا ينبغى بيع الاناث واستثناء ما فى بطونها وذلك أن يقول الرجل للرجل ثمن شاتى الغزيرة ثلاثة دنانير فهى لك بدينارين ولى ما فى بطنها فهذا مكروه لأنه غرر ومخاطرة * قال مالك ولا يحل بيع الزيتون بالزيت ولا الجلجلان بدهن الجلجلان ولا الزبد بالسمن لأن المزابنة تدخله ولأن الذى يشترى الحب وما أشبهه بشئ مسمى مما يخرج منه لا يدرى أيخرج منه أقل من ذلك أو أكثر فهذا غرر ومخاطرة * قال مالك ومن ذلك أيضا اشتراء حب البان بالسليخة فذلك غرر لأن الذى يخرج من حب البان هو السليخة ولا بأس بحب البان بالبان المطيب لأن البان المطيب قد طب ونش وتحول عن حال السليخة

فيما يحرم فيه التفاضل فلابد من أن يتحرى التساوى فيهما ولا يصح التحرى فيه لانه لا يعلم أنه يخرج من هذا الزيتون أقل من الزيت الآخر أو أكثر لان مثل هذا لا يبلغ بتحرى الزيتون والله أعلم

(فصل) وقوله ومن ذلك اشتراء حب البان بالسليخة لان الذى يخرج من حب البان هو السليخة قال عيسى السليخة هى عصارة حب البان وهو الزيت الذى يخرج منه فمنع حب البان بما يخرج منه وان لم يكن مطعوما ولا فيما يجرى فيه الربا لما فيه من الغرر عند تقاربهما وان كان لا يحرم التفاضل فى السليخة وحب البان لانه يجوز بيع الشئ بما يخرج منه وان كانا مما لا يحرم فيه التفاضل ولذلك لا يجوز بيع الكتان بالغزل جزافا أو أحدهما جزافا وان كان يدا بيد ولا شئ مما لا يحرم فيه التفاضل بعضه ببعض جزافا مع تجويز التساوى والتفاضل قاله مالك قال محمد وهذا فيما تقارب فأما لو دفع رطل صوف بعشرة أرطال مغزولة يدا بيد لجاز

(فصل) وقوله ولا بأس بحب البان بالبان المطيب لأن المطيب قد طيب ونش وتحول عن السليخة قال عيسى بن دينار والنش هو التطييب جعل النش فى البان صنعة يخرج بها عن جنس السليخة التى ليست بمطيبة لان هذا نهاية الصناعة فيها والله أعلم ص ﴿ قال مالك فى رجل باع سلعة من رجل على أنه لا نقصان على المبتاع ان ذلك بيع غير جائز وهو من المخاطرة وتفسير ذلك أنه كأنه استأجره بربح ان كان فى تلك السلعة وان باع برأس المال أو بنقصان فلا شئ له وذهب عناؤه باطلا فهذا لا يصلح وللمبتاع فى هذا أجرة بمقدار ما عالج من ذلك وما كان فى تلك السلعة من نقصان أو ربح فهو للبائع وعليه وانما يكون ذلك اذا فاتت السلعة وبيعت فان لم تفت فسخ البيع بينهما * قال مالك فأما أن يبيع رجل من رجل سلعة يبت بيعها ثم يندم المشترى فيقول للبائع ضع عنى فيأبى البائع ويقول بع ولا نقصان عليك فهذا لا بأس به لانه ليس من المخاطرة وانما هو شئ وضعه له وليس على ذلك عقدا بيعهما وذلك الذى عليه الأمر عندنا ﴾ ش قوله لا يجوز أن يبيع الرجل من رجل سلعة على أنه لا نقصان على المبتاع لما ذكره من وجه الغرر لانه استأجره على بيعه بربح ان كان فيه ولا يدرى قدره ولا جنسه وان لم يكن فيه ربح فلا شئ له وقد كره مالك أن يبيع من الرجل السلعة على أنه ان وجد قضاء وان مات قبل أن يجد فهو فى حل قال ابن القاسم هو حرام يرد فان فاتت السلعة بيع ما يوم قبضها ومعنى ذلك أنه زاد فى ثمنها للجهل بالأجل ولما فيه من تعليق القضاء بالوجود

(فصل) وقوله وللمبتاع فى هذا أجرة بقدر ما عالج من ذلك وللبائع الزيادة والنقص ان فاتت السلعة يريد انه يحمل على ما يؤول اليه أمرهما من الاجارة فان فاتت السلعة ببيع المبتاع لها فالذى باعها منه الثمن كان أقل من قيمتها أو أكثر وكان للمبتاع أجرة ما حاول من بيعها وغير ذلك من حفظها ان كان له أجرة وان وجدت السلعة بيد المبتاع لم تفت فسخ البيع فيما يحتمل أن يريد وجدت بيد المبتاع لم يدخلها ما يغير صفتها على ما تقدم من قول ابن القاسم والله أعلم

(فصل) وقوله فان ندم مشترى سلعة وسأل الوضيعة فيقول البائع بع ولا نقصان عليك فهذا لا بأس به يريد لان العقد قد سلم أولا مما يفسده ابتداء وقد قال مالك فى كتاب ابن مزين وذلك لازم ووجه ذلك أنه قد جعل له ما غره به على بيع سلعته فوجب أن يلزمه ما التزم له بذلك (مسئلة) ولو قال ذلك البائع والسلعة بائرة فأراد المبتاع حملها على وجه السوق لما أمن النقصان قال عيسى عن ابن القاسم ليس له أن يبيعها الا على وجه البيع ووجه ذلك انه انما أباح له البيع المعتاد على وجه الاجتهاد وطلب زيادة الثمن فليس له الخروج عنه الى ما يكثر به النقصان (فرع) فان باع حين البيع فزعم انه نقص

* قال مالك فى رجل باع سلعة من رجل على انه لانقصان عن المبتاع ان ذلك بيع غير جائز وهو من المخاطرة وتفسير ذلك انه كأنه استأجره بربح ان كان فى تلك السلعة وان باع برأس المال أو بنقصان فلا شئ له وذهب عناؤه باطلا فهذا لا يصلح وللمبتاع فى هذا أجرة بمقدار ما عالج من ذلك وما كان فى تلك السلعة من نقصان أو ربح فهو للبائع وعليه وانما يكون ذلك اذا فاتت السلعة وبيعت فان لم تفت فسخ البيع بينهما * قال مالك فأما أن يبيع رجل من رجل سلعة يبت بيعها ثم يندم المشترى فيقول للبائع ضع عنى فيأبى البائع ويقول بع ولا نقصان عليك فهذا لا بأس به لأنه ليس من المخاطرة وانما هو شئ وضعه له وليس على ذلك عقدا بيعهما وذلك الذى عليه الأمر عندنا

هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الملامسة والمنابذة * قال مالك والملامسة أن يلمس الرجل الثوب ولا ينشره ولا يتبين ما فيه أو يبتاعه ليلا ولا يعلم ما فيه والمنابذة أن ينبذ الرجل الى الرجل ثوبه وينبذ الآخر اليه ثوبه على غير تأمل منهما ويقول كل واحد منهما هذا بهذا فهذا الذي نهى عنه من الملامسة والمنابذة * قال مالك في الساج المدرج في جرابه أو الثوب القبطي المدرج في طيه انه لا يجوز بيعهما حتى ينشرا أو ينظرا الى ما في أجوافهما وذلك أن بيعهما من بيع الغرر وهو من الملامسة * قال مالك وبيع الاعدال على البرنامج مخالف لبيع الساج في جرابه والثوب في طيه وما أشبه ذلك فرق بين ذلك الأمر المعمول به ومعرفة ذلك في صدور الناس وما مضى من عمل الماضين فيه وانه لم يزل من بيوع الناس الجائزة والتجارة بينهم التي لا يرون بها بأسا لأن بيع الاعدال على البرنامج على غير نشر لا يراد به الغرر وليس يشبه الملامسة

من الثمن ما أنكره صاحبه قال عيسى يصدق ويوضع عنه ذلك الا أن يأتي بأمر منكر يعلم به كذبه أن وانه حابى في البيع فيلزمه غرم ما قصر به عن ثمنها وقال ابن نافع لا يقبل قوله الا ببينة تعرف ما باع به الا يدعي من ذلك شيأ يعرف أهل تلك الصناعة أنها تباع بمثل ذلك فيحلف على ما زعم ويصدق

﴿ الملامسة والمنابذة ﴾

ص ﴿ مالك عن محمد بن يحيى بن حبان وعن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الملامسة والمنابذة * قال مالك والملامسة أن يلمس الرجل الثوب ولا ينشره ولا يتبين ما فيه أو يبتاعه ليلا ولا يعلم ما فيه والمنابذة أن ينبذ الرجل الى الرجل ثوبه وينبذ الآخر اليه ثوبه على غير تأمل منهما ويقول كل واحد منهما هذا بهذا فهذا الذي نهى عنه من الملامسة والمنابذة ﴾ ش نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الملامسة والمنابذة يقتضي فساده وانما سمي بيع ملامسة ومنابذة لانه لاحظ له من النظر والمعرفة لصفاته الا اللمس أو أن يكون بيد صاحبه حتى ينبذه اليه واللمس لا يعرف به المبتاع ما يحتاج الى معرفته من صفات المبيع الذي يختلف ثمنه باختلافها ويتفاوت ومعنى ذلك ان البيع انعقد على هذا الشرط وأما لو أمكنه البائع من تقليبه والنظر اليه ولم يشترط عليه الامتناع من ذلك فامتنع المبتاع بلمسه فانه لا يكون بيع ملامسة ولا يمنع ذلك صحة العقد وانما يمنعه ما قدمناه والله أعلم وقد قال في كتاب محمد من باع ثوبا مدرجا في جرابه فوصفه له وكان على أن ينشره فذلك جائز ينشره قبل البيع أو بعده ص ﴿ قال مالك في الساج المدرج في جرابه أو الثوب القبطي المدرج في طيه انه لا يجوز بيعهما حتى ينشرا وينظرا الى ما في أجوافهما وذلك أن بيعهما من بيع الغرر وهو من الملامسة * قال مالك وبيع الأعدال على البرنامج مخالف لبيع الساج في جرابه والثوب في طيه وما أشبه ذلك فرق بين ذلك الأمر المعمول به ومعرفة ذلك في صدور الناس وما مضى من عمل الماضين فيه وأنه لم يزل من بيوع الناس الجائزة والتجارة بينهم التي لا يرون بها بأسا لان بيع الاعدال على البرنامج على غير نشر لا يراد به الغرر وليس يشبه الملامسة ﴾ ش وهذا على ما قال ان الثوب المدرج في جرابه كالساج وما أشبهه مما يصان بغلاف أو جراب يكون فيه فلا يظهر شئ منه أو الثوب القبطي الذي درج على طيه وان ظهر ظاهره فانه لا يجوز بيعهما بالصفة قاله ابن المواز عن مالك ويخالف ذلك بيع الاعدال على البرنامج باب بيعها على ذلك جائز قال ابن حبيب لكثرة ثياب الاعدال وعظم المؤنة في فتحها ونشرها ويصح الفرق بينهما من وجهين أحدهما أن يكون الساج المدرج في جرابه والثوب القبطي المدرج في طيه يمنع المبتاع من نشرهما ولا يوصفان له بصفتهما وانما يشترى كل واحد منهما على ما هو عليه دون صفة يلزمها البائع وبيع الاعدال على البرنامج انما هو بيعها على ما تضمنه البرنامج من صفتها المستوعبة لما يحتاج الى معرفته من صفاتها التي تختلف الأثمان والأعراض باختلافها فلذلك جاز بيع الاعدال على البرنامج لانه بيع على صفة ولم يجز بيع الساج في الجراب والقبطي المطوي لانه بيع على غير صفة ولا رؤية (مسئلة) ولو كان على الصفة ومنع الرؤية فقد ذكر ابن سحنون في رده على الشافعي ان الصفة تنوب عن ذلك واحتج بحديث أبي هريرة في النهي عن بيع السلع لا ينظرون اليها ولا يخبرون عنها وروى ابن سحنون ان حبيبا سأل أباه عمن ابتاع مائة شاة أو مائتين أيجس جميعها وقال لا بد من ذلك الا أن يجس اثنين أو ثلاثة ثم يقول للبائع ان لم أجس مثل ما جسست

فيكون كالبيع على الصفة وهذا يحتمل أن يكون قد رأى جميعها وتواصفا السمن فقط وفى كتاب ابن المواز فمين باعكم اخفافا أو بزا فلا بأس أن ينظر منها الى اثنين أو ثلاثة يريد بعد أن يعلما عددها فهذه غير مرئية على أنه يحتمل أن تكون مسئلة سحنون ومسئلة ابن المواز لم يكن ذلك بشرط وظاهر قول سحنون يقتضى الشرط والافهو وفاق والله أعلم والوجه الثانى ان الاعدال تلحق المشقة والمؤنة باعادتها الى حالها ولا يكون ذلك فى غالب الحال الا بالأجرة وصانع يتولى ذلك والساعون يتكررون وليس كل من يسوم وينظر الى المبتاع يشتريه فرب انسان لا يوافقه وآخر يوافقه ولا يبلغ ثمنه الذى يرضى البائع وترك المبتاع دون شد واعادة الى الحال الاولى تغيره وتذهب بجماله وتنقص من ثمنه فان ترك دون أن يعاد الى الشد تغير وان أعيد الى الشد بعد رؤية كل مساوم له وربما تكرر ذلك وطال لحقت بذلك مشقة وعظمت المؤنة والنفقة فلهذه الضرورة جاز أن تقوم الصفة مقام رؤية المبتاع والنظر اليه وليس كذلك الثوب المدرج فى جرابه وان اخراجه منه ونظره اليه ورده فيه ليست فيه مشقة ولما جرت العادة أن يعمل ذلك بأجرة فلا تلحق فيه نفقة وان طال ذلك وتكرر فلم يجز أن ينتقل عن بيعه على الرؤية الى بيعه على الصفة لغير ضرورة لانه ليس فى ذلك غرض غير مجرد الغرر وذلك جائز يمنع صحة العقد وذلك بمنزلة أن يبيع رجل من رجل ثوبا بيده لا مضرة فى نشره وتقليبه على الصفة دون الرؤية لم يجز ذلك لانه لا يجوز الانتقال من الرؤية الى الصفة الا لضرورة والله أعلم

﴿ بيع المرابحة ﴾

ص ﴿ قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا فى البز يشتريه الرجل ببلد ثم يقدم به بلدا آخر فيبيعه مرابحة انه لا يحسب فيه أجر السماسرة ولا أجر الطى ولا الشد ولا النفقة ولا كراء البيت فأما كراء البز فى حملانه فانه يحسب فى أصل الثمن ولا يحسب فيه ربح الا أن يعلم البائع من يساومه بذلك كله فان ربحوه على ذلك كله بعد العلم به فلا بأس به * قال مالك فأما العصارة والخياطة والصباغ وما أشبه ذلك فهو بمنزلة البز يحسب فيه الربح كما يحسب فى البز فان باع البز ولم يبين شيأ مما سميت انه لا يحسب له فيه ربح فان فات البز فان الكراء يحسب ولا يحسب عليه ربح فان لم يفت البز فالبيع مفسوخ بينهما الا أن يتراضيا على شئ مما يجوز بينهما ﴾ ش قوله ان من قدم بمتاع فباعه مرابحة لا يحسب فيه أجر السماسرة ولا أجر الطى ولا الشد ولا النفقة ولا كراء بيت يريد بأجر السماسرة من كان متسراء المتاع وكذلك أجر طيه وشده اعدالا ونفقة التأجير وكراء بيته قال ابن حبيب وكراء ركوبه لا يحسب شئ من ذلك فى ثمن المتاع دون أن يبين وذلك بان يقول قامت على بكذا ولو بين وقال لا بيع مرابحة الا أن أعدها فى الثمن وآخذ له ربحا لجاز ذلك

(فصل) وأما كراء البز فى حمله فانه يحسب فى أصل الثمن ولا يحسب فيه ربح الا أن يعلم البائع من يساومه بذلك كله يريد ان حمل البز من بلد ابتياعه الى بلد بيعه مما يحسب فى ثمنه ولا يجعل له حصة من الربح فيما باع بربح للعشرة أحد عشر وهذا حكم نفقة الرقيق فى ذلك الا ان يبين ذلك فيكون على ما شرط وذلك جائز

(فصل) وقوله العصارة والخياطة والصباغ وما أشبه ذلك قال فى الواضحة والفتل والكماد والتطرية وقال غيره والطراز فهو بمنزلة البز يحسب له الربح كما يحسب للبز فجعل ذلك على ثلاثة أقسام قسم

﴿ بيع المرابحة ﴾

* حدثنى يحيى قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا فى البز يشتريه الرجل ببلد ثم يقدم به بلدا آخر فيبيعه مرابحة انه لا يحسب فيه أجر السماسرة ولا أجر الطى ولا الشد ولا النفقة ولا كراء البيت فأما كراء البز فى حملانه فانه يحسب فى أصل الثمن ولا يحسب فيه ربح الا أن يعلم البائع من يساومه بذلك كله فان ربحوه على ذلك كله بعد العلم به فلا بأس به * قال مالك فأما العصارة والخياطة والصباغ وما أشبه ذلك فهو بمنزلة البز يحسب فيه الربح كما يحسب فى البز فان باع البز ولم يبين شيأ مما سميت انه لا يحسب له فيه ربح فان فات البز فان الكراء يحسب ولا يحسب عليه ربح فان لم يفت البز فالبيع مفسوخ بينهما الا أن يتراضيا على شئ مما يجوز بينهما

لايحسب فى رأس المال ولايقسم له من الربح وقسم يحسب فى رأس المال ولايقسم له من الربح وقسم يحسب فى رأس المال ويقسم له من الربح (فرق) والفرق بينهما أن ماليس له عين قائمة فهو على ضربين ضرب لايتخذ بسبب البز غالبا وانما جرت العادة أن يتخذ لغيره ككراء بيت ونفقة المتاع وكراء ركوبه وضرب جرت عادة المبتاع أن يباشره بنفسه ولايستنيب فيه غالبا بأجرة كأجرة السمسار وهو أن يستأجره على أن يبتاع له المتاع وعلى أن يطويه له ويشده له لأن هذا مما جرت العادة أن يفعله التاجر لنفسه فالعوض عنه داخل فى ربح رأس المال فان استأجره هو من ينوب عنه فى ذلك لم يلزم المبتاع ذلك كما لو باشره بنفسه فأراد أن يحسب فى الثمن أجرته وكذلك نفقته وكراء بيته لأن العادة جارية أن يخزنه التاجر فى بيت سكناه فانما يعامل على المعتاد فلذلك لم يحسب فى شئ من ذلك ثمنه ولاربحه وأما ماليست له عين قائمة ولكنه أمر يختص بالمبيع وعادته أن لا يكون ذلك الا بأجرة ككراء حمله ونفقة الرقيق فهذا يحسب فى الثمن ولاحظ له فى الربح لأنه ليست له فى المبيع عين قائمة وأما ماله عين قائمة فى المبيع كالقصارة والخياطة والصبغ والطراز فهذا يحسب فى الثمن وله حظه من الربح لما كانت له عين قائمة كنفس المتاع وقد قال أبو محمد فان كان المتاع مما يعلم أنه لايشترى الا بواسطة أو سمسار والعادة جارية بذلك فيحسب من رأس المال ولايحسب له ربح لأنه ليست له عين قائمة قال وأما اكتراء المنازل فان كان اكتراها ليسكن فيها ويأوى اليها فالمتاع تبع ولايحسب كما لايحسب النفقة على نفسه وان كان اكتراه ليحرز فيه المتاع ولولا ذلك لم يحتج اليه فانه يحسب بغير ربح والله أعلم

(فصل) وقوله فان باع البز ولم يبين شيأ مما سميت أنه لايحسب فيه ربح وفات البز فان الكراء يحسب ولايحسب له ربح وان لم يفت فسخ بيعهما الا ان يتراضيا على شئ يريد انه انما يحمل على ماقاله مع الابهام فان لم يفت فسخ ذلك بينهما لأن المبيع لم يفت والبائع يقول لاأبيع الا بما سميت من الثمن والربح والمبتاع يقول لاأحسب فى رأس المال شيأ لم تجر به العادة ولاأجعل حظا من الربح لما لا حظ له منه فيفسخ ذلك بينهما أو يتفقا على أمر يجوز من أمر يرضى أحدهما بماشاء الآخر أو بغير ذلك ولو رضى البائع بحط مالايلزم من الربح والثمن لزم ذلك المبتاع قاله سحنون فى كتاب ابنه (مسئلة) فان فاتت فقد قال مالك يحسب له على ماتقدم ذكره وقال سحنون فى كتاب ابنه على المبتاع القيمة الا أن يكون أكثر من الثمن الاول فلا يزاد أو أقل من الثمن بعد طرح ماذكرنا فلا ينقص وجه قول مالك ان هذا لم يصرح بالكذب ولافى لفظه انه اعتمده وانما أبهم لفظه ولذلك حكم فى الشرع برده اليه مع الفوات لأن ذلك حكمه اللازم فذلك أحق به من القيمة واذا لم تمت كان له أن يمتنع منه لاحتمال لفظه وليس كذلك الزيادة فى الثمن فانه تصريح بالكذب ولم يأت بما له عرف فى الشرع وحكم مختص به فيرد اليه فلذلك رد فى الفوات الى القيمة ووجه القول الثانى ان هذا قد أظهر من الثمن مالم يثبت له بالعقد فيرد الى القيمة كما لو زاد فى الثمن (مسئلة) والزيادة فى المبيع على المرابحة على وجهين أحدهما أن تكون زيادة مضافة اليه والثانى أن تكون الزيادة من نماء وأما الزيادة المضافة فقد تقدم ذكرها وأما الزيادة بالنماء فعلى ضربين زيادة فى العين وزيادة فى القيمة فأما الزيادة فى العين فمثل سمن الحيوان وولادته واثمار الشجر ونبات الصوف على الغنم وحدوث اللبن فى الانعام واستغلال كراء الدور والارض والرقيق، فأما السمن فلم أر فيه نصا لأصحابنا وعندى أنه ان لم تقترن به حوالة أسواق ويمضى من طول الزمان مالايخلو من حوالة الاسواق فانه يجوز بيعه

مرابحة ويحتمل على منعه بيع المرابحة لزيادة القيمة ان يمنع أيضا ذلك والله أعلم (مسئلة) وأما الولادة فقد قال ابن سحنون في الذي يشتري الجارية فتلد عنده فيبيعها مرابحة ولا يبين أن للمبتاع الرد أو التماسك وحجته ان أسواقها قد حالت عند البائع ولم يبين ومعنى ذلك أن بيع المرابحة لا يجوز عند مالك وأصحابه فيما قد حالت أسواقه الا بعد أن يبين ذلك فان بقيت السلعة عند المبتاع حتى حالت أسواقها لم يكن له أن يبيع مرابحة حتى يبين ذلك والامة اذا بقيت عند المبتاع حتى ولدت فقد بقيت مدة حالت فيها أسواقها وذلك يمنع بيع المرابحة وقد قال سحنون في الذي يبتاع غنما فتلد عنده لا يبيع حتى يبين لان الأسواق الى أن تلد تحول سواء باعها بولدها أو بغير ولدها وقال ابن القاسم في المدونة ان ولدت الغنم عنده لم يبع مرابحة حتى يبين وان ضم اليها أولادها وهذا في الغنم الكثيرة يتصور أن يقال لما تتكامل ولادتها حتى تحول أسواقها وأما الشاة الواحدة أو البقرة أو الناقة أو الأمة فان ولادتها قد تكون في ساعة واحدة ولا تحول في ذلك أسواقها فيجب على هذا جواز بيعها دون تبيين ان لم ينقص ذلك من ثمنها أو يريد ان الولادة المانعة من ذلك هي ما يكون ابتداء الحمل عنده والله أعلم (مسئلة) وأما إثمار الشجر وكراء الرقيق والدواب فقد قال ابن القاسم في المدونة من اشترى حوائط واغتلها أعواما أو دوابا أو رقيقا أو دورا فاكترى ذلك كله زمانا اذا لم تحل الأسواق فلا بأس أن يبيع مرابحة ولا يبين الا ان يتطاول فيبين لانه لا يكاد أن يطول ذلك الا وتختلف الاسواق فاما اثمار الشجر واستغلالها أعواما فانه يحتمل انه يجوز ذلك فيها بعد الأعوام لان أسواقها لا تتغير الا في أعوام كثيرة ولا يسرع التغيير اليها في أنفسها وأما اجارة الدواب والرقيق فيحتمل أن يكون ذلك في مدة لا تتغير فيها أسواقها غالبا وكذلك اختلاف الانعام (مسئلة) وأما جز أصواف الغنم فان لم يكن عليها صوف حين اشتراها فلا يجوز ذلك لانه لا يكون فيها الصوف الا مدة تتغير فيها الأسواق وان كان عليها صوف حين اشتراها فلا يجوز ذلك أيضا لانه قد قبض بعض ما اشتراه وباع الباقي مرابحة بجميع الثمن فلا يجوز ذلك حتى يبين قاله ابن القاسم في المدونة (فرع) فان ولدت الاناث فباع ولم يبين فلا يخلو أن يبيعها ويمسك أولادها أو يبيعها مع أولادها فان باعها وأمسك أولادها ولم تنقص فللمبتاع أن يحبس أو يرد وليس للبائع أن يعطيه الولد ويلزمه البيع لان البائع باع بعد ان حالت الاسواق ولم يبين قاله سحنون وان كانت الغنم فاتت وكانت أسواقها حالت الى زيادة فلا يزاد فيها ويمضي البيع وان حالت بنقصان قال سحنون هي كمسئلة الكذب وان باعها مع الأولاد وكذلك أيضا للمبتاع الخيار لحوالة الأسواق على أصلهم وان فاتت فعلى حسب ما تقدم وان كانت أمة فباعها دون الولد فالولد فيها عيب فللمبتاع الرد وان حالت الأسواق ونقصت نقصا خفيفا لانها لا تفوت بالرد بالعيب ولو رضيا بذلك أجبرا على جمعهما في ملك واحد ولو فاتت بعتق فان حط قيمة العيب والا فعلى المبتاع قيمتها معيبة ما لم يجاوز الثمن بعد القاء قيمة العيب وربحه فلا يزاد أو ينقص عن ذلك فلا ينقص قال الشيخ أبو محمد هذا الذي ذكره ابن سحنون مرجعه الى أن يحط عنه حصة العيب وربحه نحو ما ذكره ابن عبدوس ولا تأثير للقيمة في هذا ولو باعها مع ولدها فلم يبين له انه حادث عنده فللمبتاع الرد أو الامساك بحوالة الأسواق فان فاتت عند المبتاع زيادة أو نقصان وكانت أسواقها ازدادت عند البائع فلا قيمة فيها لان القيمة أكثر من الثمن ولا حجة للمبتاع في عيب الولد لانه قد علم به وان كانت أسواقها نقصت فعلى ما تقدم وقال الشيخ أبو محمد وله ان تبين عيب الولد حين باعه مع أمه لا يجزئه في بيع المرابحة وانما حكمه أن يبين ان عنده ولدت فهو كالو زوجها وأخبر بالزوج ولم يبين انه عنده حدث والذي تقدم من أصل ابن عبدوس

أيبن ربحه دان ابن عبدوس يقول ان فات لزم البائع أن يحط قيمة العيب وربحه * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه والوجه الذي أشار اليه الشيخ أبو محمد وجه ظاهر عندي وذلك ان من ابتاع سلعة فحدث عنده عيب ثم باع مرابحة وبين العيب ولم يبين انه حدث عنده فانه من باب الزيادة في الثمن لانه أظهر انه اشترى ما باع من السلعة بعشرة وهو انما اشترى بالعشرة ما باعه من السلعة وما تلف عنده بحدوث العيب فكأنه اشترى سلعتين بعشرة وباع احداهما مرابحة على انه اشتراها بعشرة فعلى هذا اذا فاتت السلعة تكون عليه القيمة الا أن تكون أقل مما يصير لها من الثمن وربحه بعد اسقاط قيمة العيب وربحها فلا ينقص من ذلك أو يكون أكثر مما يصير لها من الثمن وربحه دون الغاء قيمة العيب وربحها والله أعلم

(فصل) وأما زيادة القيمة فهي حوالة الأسواق بالزيادة ففي المدونة عن مالك فمن اشترى سلعة فحالت أسواقها لا يبيع مرابحة حتى يبين وان زادت الأسواق لأن الناس في الطرى أرغب وظاهر المذهب على المنع من ذلك وان زادت أسواقها وانما جاز أن يراعى اختلاف الأسواق من لا يراعى اختلاف العين بالزيادة لانه انما يبيع على شرائه والشراء مختص بحوالة الأسواق دون زيادة العين ونقصها ووجه آخر وهو ان بقاء السلعة مدة طويلة يدل على غلاء شرائها وعلى زهد الناس في عينها فان حالت أسواقها الى زيادة وتعذر بيعها مع ذلك مع تعريضها للبيع فذلك أدل على الزهد في عينها وان المبتاع لها قد غلط في قيمتها واذا اطلع على هذا من حالها لم يجز له أن يكتم عن بائعه اياها مرابحة لانه داخل ابتياعه فيجب له أن يعرف من صفته ما عرفه بعد بائعه والله أعلم (مسئلة) اذا قلنا ان حوالة الأسواق تمنع بيع المرابحة فان حالت في القرب الى نقص فلا يبيع مرابحة حتى يبين وان حالت بزيادة قال ابن حبيب ليس عليه أن يبين وقال ابن القاسم في الزيادة أعجب الى أن لا يبيع حتى يبين ولم يفصل بين قرب المدة وطولها وقد أشار الى ذلك بقوله لان الناس أرغب في الطرى وجوز ابن حبيب ذلك في القرب قال ابن حبيب فان طال لبثها عنده فليبين حال سوقها أو لم يحل فجعل المانع طول اللبث أو التغير الى النقص قال فان لم يبين فللمبتاع رد المبيع فان فاتت رد القيمة (مسئلة) وهذا في زيادة العين والقيمة فأما النقص من ذلك فمانع من البيع الا أن يبين وقد قال مالك فمن باع جارية فذهب عنده ضرسها أو أصابها عيب لا يبيع مرابحة حتى يبين فان وقع ذلك فللمبتاع الرد أو الامساك مالم تفت فان فاتت فعلى ما تقدم (مسئلة) فاذا حدث النقص من انتفاع البائع به مثل أن تكون جارية فيفتضها أو ثوبا فيلبسه أو دابة فيسافر عليها فقد قال ابن سحنون وابن عبدوس ان باع الجارية ولم يبين انه افتضها فحطه البائع ماينوب الافتضاض وربحه فلا حجة له قال ابن عبدوس بخلاف العيوب لان من باع جارية فليس عليه أن يبين انها بكر وانما حجة المبتاع ان البائع زاد في الثمن فهي بالبيع الفاسد أشبه ويفيتها حوالة الأسواق فان فاتت بحوالة الأسواق فالمبتاع مخير بين أن يأخذ من البائع قيمة الافتضاض وربحه وبين أن يسترجع الثمن وعليه قيمتها مفتضة يوم قبضها مالم يزد على الثمن الأول أو ينقص عنه بعد طرح قيمة الافتضاض وربحه قال ابن عبدوس وأصل جوابها لأشهب ومثله لابن القاسم في المشترى لغنم عليها صوف فجز أصوافها وباع مرابحة ولم يبين واشترى ثوبا فلبسه أو دابة فسافر عليها ولم يبين لان ذلك نقص وليس بعيب ومعنى ذلك ان المبتاع قد رأى الغنم مجزوزة ورأى الثوب ملبوسا والدابة قد عجفت ولم يعلم ان ذلك حدث عند البائع منه واعتقد انه اشتراها على ذلك وانما معنى المسئلة للزيادة عليه في الثمن لان الثمن الذي عرف به كان ثمن ما بيع منه وما ذهب قبل ذلك عند البائع والله أعلم ص * قال مالك

* قال مالك

في الرجل يشترى المتاع بالذهب أو بالورق والصرف يوم اشتراه عشرة دراهم بدينار فيقدم به بلدا فيبيعه مرابحة أو يبيعه حيث اشتراه مرابحة على صرف ذلك اليوم الذى باعه فيه فانه ان كان ابتاعه بدراهم و باعه بدنانير أو ابتاعه بدنانير و باعه بدراهم وكان المتاع لم يفت فالمبتاع بالخيار ان شاء أخذه وان شاء تركه فان فات المتاع كان للمشترى بالثمن الذى ابتاعه به البائع و يحسب للبائع الربح على ما اشتراه به على ما ربحه المبتاع ﴿ ش قوله في الذى يشترى المتاع بالذهب والصرف على قدر ما ثم يبيعه والصرف على غير ذلك القدر مرابحة هذا السؤال يحتمل وجهين أحدهما أن يشترى بذهب و يبيع بذهب وقد اختلف الصرف في وقتى البيع والشراء فهذا لا يمنع صحة البيع مرابحة ولا يحتاج الى بيان والثانى ما أجاب عنه وأن يبتاع بذهب فيبيع بورق أو يبتاع بورق فيبيع بذهب وهذه المسئلة التى أجاب عنها فهذا لا يجوز أن يبيع مرابحة حتى يبين سواء تغير الصرف أو لم يتغير لانهما جنسان تختلف الأغراض فيهما فان وقع ذلك فالمبتاع بالخيار بين الأخذ والرد مالم يفت وليس للبائع أن يلزمه اياه بما نقد فيه لان المبتاع لم يرد الشراء بهذه العين وانما اشترى بغيرها لكنه يثبت له الخيار لما ظهر من ان البائع ابتاع بغير ما أظهر اليه وان فاتت السلعة فقد قال مالك ما ثبت في الأصل انها للمشترى بالثمن الذى ابتاعها به وقد قال في كتاب ابن المواز الا أن يجيء أكثر مما رضى با ولم يجعل مالك في هذا قيمة كما فعل في مسئلة الزيادة في الثمن وحوالة الأسواق في مثل هذا فوت وقال مالك في المدونة ان فاتت ضرب الربح على ما هو الأفضل للمشترى (مسئلة) ومن اشترى بعين فدفع في ذلك عرضا أو باع بعرض فدفع عينا فانه يجوز له اذا بين أن يبيع مرابحة على أيهما شاء عند ابن القاسم يبيع على عرض بصفة أو طعام ولا يجوز أن يبيع على قيمة وقال أشهب لا يبيع على عرض ولا طعام موصوف لانه من بيع ما ليس عنده ولا يجوز أن يثبت في الذمة طعاما معجلا ببيع وجه ما قاله ابن القاسم عندى انه يحتمل أن يكون العرض الذى ابتاع به البائع مرابحة مثله عند المبتاع فلذلك جاز أن يبيع منه به وقال بعض المغاربة انما جاز ذلك لانه لم يقصد بيع ما ليس عنده و يجرى ذلك مجرى من ابتاع شقصا بمكيل أو موزون فان الشفيع يأخذ بمثله وان لم يكن عنده والأول عندى أظهر لان الشفعة حق ثبت له وله الأخذ به وليس للمشترى الامتناع منه فكان ذلك بمنزلة حق قد لزمه والشفعة حجة على قائل هذا القول لانه ليس بمكيل يأخذ الشفعة بقيمة دون مثله ولا يجوز في المرابحة أن يبيع على قيمة ثوبه الذى ابتاع به هذه السلعة والله أعلم (مسئلة) وان لم يبين لم يجز البيع على المرابحة وجوز أبو حنيفة ذلك وقال يبيع مرابحة قبل أن ينقد ثم ينقد بعد ذلك والدليل على ما نقوله أن بيع المرابحة انما هو على شراء البائع فاذا نقد على غير ما عقد به فلم يتم بيعه الا بما نقد وقد يكون ذلك أفضل للمشترى فيتوصل البائع الى عينه بما سمى من الثمن في العقد وقد نقد غيره وقد يكون ما عقد به أفضل وحابى هو فيما نقد فلا يلزم ذلك المشترى لان بيع المرابحة انما يتعلق ببيع المكايسة والاجتهاد دون بيع المحاباة فان وقع من غير بيان فعلى حسب ما تقدم (مسئلة) ولو أحال بالثمن لم يكن له أن يبيع مرابحة الا أن يبين قاله ابن القاسم فان باع فقد قال ابن القاسم في المدونة فمن ابتاع بأجل فباع مرابحة ولم يبين البيع مردود قال ابن حبيب ان شاء المبتاع وهذا خلاف القول الأول وقد روى ابن المواز ان لم يفت ينقض البيع وليس للمشترى امساكها فان فاتت فعليه قيمتها يوم قبضها بلا ربح وهو نحو ما في المدونة اذا فاتت و زاد ولا يضرب له الربح وان كانت قيمتها أقل مما باعها به قال ابن سحنون عن أبيه ان فاتت قوم

في الرجل يشترى المتاع بالذهب أو بالورق والصرف يوم اشتراه عشرة دراهم بدينار فيقدم به بلدا فيبيعه مرابحة أو يبيعه حيث اشتراه مرابحة على صرف ذلك اليوم الذى باعه فيه فانه ان كان ابتاعه بدراهم و باعه بدنانير أو ابتاعه بدنانير و باعه بدراهم وكان المتاع لم يفت فالمبتاع بالخيار ان شاء أخذه وان شاء تركه فان فات المتاع كان للمشترى بالثمن الذى ابتاعه به البائع و يحسب للبائع الربح على ما اشتراه به على ما ربحه المبتاع

الدين بالنقد فان كان عشرة دنانير وكانت قيمته ثمانية دنانير فهي كمسئلة الكذب له قيمتها مالم تجاوز عشرة وربحها أو ينقص من ثمانية وربحها ويقتضي قوله هذا أنه موافق لقول ابن حبيب ان للبائع الرضا بالسلعة ان لم تفت وقد تأول قول ابن القاسم بعض شيوخنا المغاربة على ان المراد به اذا فاتت السلعة لانه فسخ القيمة التي وجبت بالنقد في أكثر منها الى أجل وهذا ينحو الى ماقاله ابن حبيب غير ان رواية محمد تمنع هذا الا انه قال ان لم تفت بنقص وليس للمشترى امسا كها وقد حل الشيخ أبو محمد مافي المدونة وكتاب محمد على وجه واحد وكذلك تأوله جماعة من القرويين وقد استوعبنا الكلام على هذه المسئلة في شرح المدونة وقد اختلف المتأخرون من أصحابنا المغاربة في هذه المسئلة فقال بعض القرويين انه سواء أخر بعد الشراء النقد أو اشترى على التأجيل وقال أبو محمد عبد الحق لم يجعلها ابن القاسم كمسئلة الكذب وليس هذا بالبين من قول ابن القاسم والله أعلم (مسئلة) ولو اشترى سلعا فباع بعضها مرابحة فلا يخلو أن تكون غير مكيلة ولا موزونة أو مما يكال أو يوزن فان كانت غير مكيلة أو موزونة كالثياب والحيوان فان كانت معينة لم يجز أن يبيع بعضها مرابحة حتى يبين قاله ابن القاسم في المدونة زاد ابن عبدوس وكذلك الرجلان يشتريان البز فيقتسمانه لا يبيع أحدهما مرابحة حتى يبين ووجه ذلك انه اذا شملهما عقد بيع فلا يختص بعضها بحصة من الثمن الا بعد التقويم والتقويم قد تدخله الزيادة والنقصان فلا يلزم ذلك المشترى حتى يبين له به وقد علل ابن عبدوس عن ابن القاسم بذلك ان من حجة المبتاع ان الجملة يرغب فيها فيزاد في ثمنها ألا ترى انه لو استحق جل صفقة لم يلزمه مابقي وكان يجب على هذا التعليل أن يكون له ذلك في المكيل والموزون والذى علل به ابن القاسم في المدونة ان الثمن يقسم على الثوبين بالقيمة وهو الذى قدمته وهو أظهر على قوله في المكيل والموزون وليس عليه أن يبين (فرع) فان لم يبين قال ابن عبدوس للمشترى الرد ان شاء مالم تفت فان فاتت فالقيمة يوم القبض مالم يجاوز الثمن الأول (مسئلة) فأما ان كان الثوبان في الذمة على صفة واحدة ففي المدونة عن ابن القاسم ذلك جائز ووجه ذلك انه لا يحتاج فيما يخص كل واحد منهما من الثمن الى تقويم لتساويهما في الصفة قال ابن القاسم ألا ترى انه لو وجد باحدهما عيبا أو استحق رجع بمثله فأشبه المكيل والموزون والمعين لا يرجع بمثله (مسئلة) وان كان مما يكال أو يوزن في العتبية في طعام أو غيره ففي المدونة يجوز أن يبيع بعضه مرابحة دون أن يبين ووجهه ماقدمناه من تساوى الثمن في التقسيط مع تساوى أجزائه وقد روى ابن القاسم في الذى يشترى المكيل فيجد باليسير منه عيبا أنه يلزمه أن يرد المبيع ويمسك السليم ان شاء ذلك البائع وان وجد العيب بالأكثر لم يلزمه ذلك لان له غرضا في الكثرة فكان يجب على هذا أن يكون ذلك حكم المكيل والموزون أو يفرق بين مسئلة الرد بالعيب والمرابحة في المكيل والموزون (مسئلة) فان ابتاع سلعة بجوز له فيها درهم زائف فعليه أن يبين ما انتقد فيها قاله ابن القاسم في المدونة ووجه ذلك ماقدمناه من ان نقده معتبر في بيع المرابحة كما يعتبر فيه مايعقد به واذا لم يبين أحد الأمرين فللمبتاع الخيار في ذلك على حسب ماتقدم (مسئلة) ولو وهب المبتاع بعض الثمن فقد قال مالك في المدونة اذا وهبه مايشبه أن يكون وضيعة من الثمن لحط البائع ذلك عن المبتاع لزم المشترى البيع فان أبى البائع فللمشترى أن يأخذها بجميع الثمن أو يردها ولو كان انما وهبه من الثمن مالا يشبه أن يوضع عنه لأجل البيع مثل أن يهبه جميع الثمن أو بصفة لم يلزم البائع أن يحط شيأ من ذلك عن المشترى قال ابن القاسم فعلى هذا يبيع مرابحة ولا يبين والله أعلم (فرع) فاذا قلنا ان البائع مرابحة يحط

قال مالك واذا باع رجل سلعة قامت عليه بمائة دينار للعشرة أحد عشر ثم جاءه بعد ذلك انها قامت عليه بتسعين دينارا وقد فاتت السلعة خير البائع فان أحب فله قيمة سلعته يوم قبضت منه الا أن تكون القيمة أكثر من الثمن الذى وجب له به البيع أول يوم فلا يكون له أكثر من ذلك وذلك مائة دينار وعشرة دنانير وان أحب ضرب له الربح على التسعين الا أن يكون الذى بلغت سلعته من الثمن أقل من القيمة فيخير فى الذى بلغت سلعته وفى رأس ماله وربحه وذلك تسعة وتسعون دينارا

ماحط على وجه الوضيعة فقد قال سحنون يحطه ذلك دون ماله من الربح وقال أصبغ بل يحطه اياه بما يقابله من الربح وجه قول سحنون ان البائع مرابحة انما يسقط عنه من الثمن قدر ما فان حط عن المبتاع منه ذلك القدر لزمه البيع ومايقابل ذلك من الربح فلم يتعلق به هبة فلا يلزمه اسقاطه ووجه قول أصبغ ان مايقابل الهبة من الربح انما يثبت له لأجل ماوضع عن المبتاع للهبة فيجب أن يحط عن المشترى اذا حطت عنه الهبة كما ثبت عليه بثبوت ماتعلقت به الهبة ص ﴿ قال مالك واذا باع رجل سلعة قامت عليه بمائة دينار للعشرة أحد عشر دينارا ثم جاءه بعد ذلك انها قامت عليه بتسعين دينارا وقد فاتت السلعة خير البائع فان أحب فله قيمة سلعته يوم قبضت منه الا أن تكون القيمة أكثر من الثمن الذى وجب له بالبيع أول يوم فلا يكون له أكثر من ذلك وذلك مائة دينار وعشرة دنانير وان أحب ضرب له الربح على التسعين الا أن يكون الذى بلغت سلعته من الثمن أقل من القيمة فيخير فى الذى بلغت سلعته وفى رأس ماله وربحه وذلك تسعة وتسعون دينارا ﴾ ش وقوله وان باع رجل سلعة قامت عليه بمائة دينار يريد قامت عليه بابتياع مكايسة واجتهاد لان بيع المرابحة مخصوص بما ملكه البائع بذلك دون ما ملكه بميراث أوهبة أوصدقة فان ملكه بشئ من ذلك لم ينبغ له أن يبيع مرابحة وكذلك ان اشتراها رجاء فى ذلك لم يجز له أن يبيع مرابحة حتى يبين وقد قال ابن القاسم فى المدونة من اشترى جارية بعشرين فباعها بثلاثين فأقال منها المشترى لم يجز له أن يبيع مرابحة الا على العشرين لانه لم يتم البيع بينهما وقال مالك فى العتبية وان أقال من سلعته فلا يبيع مرابحة على ثمن الاقالة حتى تبين فتفسير ابن القاسم على احدى الروايتين فى الاقالة انها نقض بيع وأما على قولنا انها بيع مبتدأ فلا يجوز أيضا أن يبيع مرابحة لان الاقالة من عقود المكارمة والمسامحة فلا يجوز أن يباع مرابحة ماملك على هذا الوجه لما قدمناه من أن بيع المرابحة مخصوص بما ملك على وجه الاجتهاد والمكايسة (مسئلة) ولو باع رجل من رجل سلعة بربح درهم ثم اشتراها منه بربح درهمين جاز أن يبيع مرابحة ولا يبين قاله ابن القاسم فى العتبية وهذا بخلاف الاقالة لان ابتياعه السلعة بربح من عقود المكايسة وهذا منها ولا يتنع أن يبيعها بربح ثم يرى ان اشتراها بأكثر من ذلك الثمن وجه ربح لحوالة الأسواق أوزيادة فى عينها أولغير ذلك ومن الواضحة اذا أقاله بزيادة أونقصان أو اشتراها بربح فلا يبيع مرابحة على الثمن الآخر حتى يبين قاله مالك (مسئلة) ومن أبضع فى سلعة اشتريت له ففى العتبية عن مالك له أن يبيع ولا يبين قال سحنون يلزمه أن يبين وجه قول مالك ان رضاه بما اشترى له حين رآه لايخلو أن يكون لما رأى فى ذلك من الغبطة وانه لاغبن عليه فيها أو رأى الغبن فيها ورضيها الغرض له فيها فان رأى أنه لاغبن عليه فيها ورضيها فهو كشرائه لها لايبيع حتى يبين ما فى ذلك من المحاباة لانه قد كان له أن يردها على من تولى شراءها وجه قول سحنون ما احتج به من أن للمشترى أن يقول انما رضيت باجتهادك وميزك فلا أرضى بما تناول غيرك شراءه

(فصل) وقوله فى الذى يبيع سلعة مرابحة قامت عليه بمائة للعشرة أحد عشر ثم جاء بعد ذلك انها قامت عليه بتسعين يحتمل أن يريد بذلك ان البائع غلط وظن انها قامت عليه بمائة فباع بذلك ثم جاءه العلم بأنها قامت عليه بتسعين و يحتمل أن يريد بذلك ان البائع قال قامت عليه بمائة ثم جاء المبتاع العلم بأنها قامت عليه بتسعين ولا يخلو أن يكون هذا الخبر ورد قبل أن تفوت السلعة أو بعد أن فاتت فان كان ذلك قبل أن تفوت فللمبتاع أن يأخذها بجميع الثمن فيلزم ذلك البائع أو يردها فيلزم ذلك البائع وليس للمبتاع أن يقول آخذها بتسعين وربحها الا أن يرضى البائع قاله ابن القاسم فى المدونة

واحتج لذلك بأنه ليس للمبتاع أن يأخذها بالثمن الصحيح وربحه وهى لم تبلغ منه بذلك وللبائع أن يلزم ذلك المبتاع بالتسعين وربحها فيلزمه ذلك (فرع) وأيهما يبدأ بالتخيير قال سحنون ان لم تفت بدى المبتاع بالخيار بين أن يرد أو يحبس بجميع الثمن فان رد خير البائع بين أن يرد أو يحط الكذب وربحه فيتم البيع قال ابن عبدوس والفرق بين هذا وبين العيب يجده المبتاع فيحط عنه قيمته البائع ان ذلك لا يلزم المبتاع ان العيب قائم بعد الحطيطة ولا يبقى بعد حطيطة الكذب شئ يكرهه المبتاع من السلعة ويصير كالعيب يذهب

(فصل) وقوله فان فاتت السلعة خير البائع فان أحب فله قيمة سلعته يوم قبضها منه وقد روى على بن زياد عن مالك فى المدونة قيمتها يوم باعها قال ابن القاسم يوم قبضها المبتاع فعلى هذا يحتمل أن يكون ابن القاسم راعى القيمة يوم القبض يؤيد ذلك انه روى عن مالك انه يشبه البيع الفاسد وعلى رواية على بن زياد القيمة يوم العقد انه عقد صحيح وقد قال بعض الفقهاء انما حمل ذلك ابن القاسم على أن يوم القبض هو يوم العقد وقد قال ذلك فى غير مسئلة فعلى هذا لا خلاف بين القولين فى المسئلتين وتأويلهما وقد روى عن الشيخ أبى عمران رضى الله عنه ان ضمان السلعة قبل القبض من البائع وروى عنه من المبتاع وهو يرجح بين المقالتين وتأويلهما والله أعلم * قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه والذى تبين عندى ان هذا اللفظ غير مراعى وان يوم القبض هو يوم العقد قول مالك فى الموطأ فى مسئلة على بن زياد فيمن اطلع على سلعة باعها مرابحة على زيادة فى ثمنها قيمتها يوم قبضت بمثل قول ابن القاسم واذا قلنا بذلك فوجه واضح واذا قلنا ان ذلك على روايتين فوجه قول ابن القاسم انه بيع يفوت بحوالة الأسواق فاعتبرت فيه القيمة يوم القبض كالبيع الفاسد ووجه رواية على بن زياد انه عقد عرا عن الفساد فاعتبر فيه القيمة بيوم العقد كسائر البيوع الصحيحة فى الاستحقاق والرد بالعيب والله أعلم (مسئلة) و بماذا تفوت السلعة اتفق أصحابنا على أنها تفوت بالزيادة والنقصان وزاد ابن القاسم طرد مذهبه فى تشبيه ذلك بالبيع الفاسد أنها تفوت بحوالة الاسواق والله أعلم وأما رواية على بن زياد فظاهرها أنها من البيوع الصحيحة فلا تفوت بحوالة الأسواق وقد تأول عليه ذلك لما روى فى المدونة عن مالك ان فاتت السلعة بنماء أو نقصان خير البائع ولم يذكر حوالة الأسواق وهذا التأويل ليس بالبين لانه قد روى عن مالك ما سمع منه وليس فيه نفى بغير ذلك الا عند من قال بدليل الخطاب فى الأسماء وهو ضعيف وفى المدونة من قول ابن القاسم ان فوات السلعة فى قول مالك ان ابتاع أو تذهب من يده أو يزيد فى بدنها أو تنقص قيل له فان تغيرت الأسواق قال هو فوات أيضا فنص أولا على تغيير العين وفواتها ولم يذكر حوالة الأسواق فلما سئل عن ذلك ألحقه بما تقدم ص ﴿ قال مالك وان باع رجل سلعة مرابحة فقال قامت على بمائة دينار ثم جاءه بعد ذلك أنها قامت بمائة وعشرين دينارا خير المبتاع فان شاء أعطى البائع قيمة السلعة يوم قبضها وان شاء أعطى الثمن الذى ابتاع به على حساب ما ربحه بالغا ما بلغ الا أن يكون ذلك أقل من الثمن الذى ابتاع به السلعة فليس له أن ينقص رب السلعة من الثمن الذى ابتاعها به لانه قد كان رضى بذلك وانما جاء رب السلعة يطلب الفضل فليس للمبتاع فى هذا حجة على البائع بأن يضع من الثمن الذى ابتاع به على البرنامج ﴾ ش قوله ومن باع من رجل سلعة مرابحة على أنها قامت عليه بمائة ثم جاءه العلم أنها قامت عليه بمائة وعشرين فان كانت لم تفت روى على بن زياد عن مالك فى المدونة ان للمشترى ردا جار به أو يضرب له الربح على عشرين ومائة ووجه ذلك ان البائع قد تبين غلطه فلا يلزمه ذلك مع وجود

* قال مالك وان باع رجل سلعة مرابحة فقال قامت على بمائة دينار ثم جاءه بعد ذلك انها قامت بمائة وعشرين دينارا خير المبتاع فان شاء أعطى البائع قيمة السلعة يوم قبضها وان شاء أعطى الثمن الذى ابتاع به على حساب ما ربحه بالغا ما بلغ الا أن يكون ذلك أقل من الثمن الذى ابتاع به السلعة فليس له أن ينقص رب السلعة من الثمن الذى ابتاعها به لأنه قد كان رضى بذلك وانما جاء رب السلعة يطلب الفضل فليس للمبتاع فى هذا حجة على البائع بأن يضع من الثمن الذى ابتاع به على البرنامج

سلعته قائمة ولا يلزم المبتاع ما ظهر من الثمن الذى لم يرض به فكان له الخيار فى ذلك (مسئلة) فان فاتت فقد قال فى الموطأ ان شاء أعطى البائع قيمة السلعة يوم قبضها وان شاء أعطى الثمن الذى ابتاع به يريد المائة وعشرين على حساب ما ربحه بالغا ما بلغ الا أن يكون ذلك أقل من الثمن الذى ابتاع به يريد الا أن تكون القيمة أقل من الثمن الاول وهو المائة فليس له أن ينقص رب السلعة من الثمن الذى ابتاعها به أتى بلفظ التخيير وليس هنالك تخيير وانما هو على سبيل المجاز الا أن يكون بمعنى الندب للمبتاع أن يبلغ البائع الثمن الذى ظهر وربحه ولا ينقصه منه شيأ وان كانت قيمة السلعة أقل من ذلك ومعنى لفظ المدونة فى رواية على بن زياد أن للمشترى أن يعطى البائع القيمة الا أن تكون أقل من الثمن الذى اشتراها به وهى عشرة ومائة فلا ينقص منه أو يكون أكثر من ضرب الربح على رأس المال وهو مائة وعشرون فلا يزاد عليه ووجه ذلك ان السلعة لما فاتت ولم يتقدم فيها عقد سالم يلزم بمجرده دون الفوات كان بدل تلك السلعة قيمتها كالبيع الفاسد فان قصرت القيمة عن الثمن الأول أو ربحه فلا ينقص منه لان المبتاع قد كان رضى به دون أن يظهر ما ظهر من زيادة الثمن فلا حجة له وان كانت القيمة أكثر من الثمن الذى ظهر وربحه فلا حجة للبائع لانه قد كان رضى أن يبيعه بأقل من هذا وهو يعتقد أن ذلك ثمنه فان أعطى الثمن الذى ظهر وربحه فلا حجة له فان المشترى يقول لم أكن أريد أن أشترى هذه السلعة بقيمتها والله أعلم ومن اشترى ثوبا بعشرة فغلط البائع فدفع اليه ثوبا بخمسة عشر فلبسه حتى أبلاه ففى المواز ية والعتبية أشهب عن مالك ان قطعه المبتاع فهو له بثوبه وقال ابن ميسر له أخذه مقطوعا دون غرم شئ وكذلك ان دفعه اليه رسوله ووجه ذلك ما قاله فى العتبية ان للمبتاع أن يقول أردت ثوبا بعشرة ولم أرد ثوبا بخمسة عشر فيحتمل أن تكون مسئلة المرابحة ومسئلة العتبية مسئلة واحدة فيهما روايتان ويحتمل أن يفرق بينهما بأن رواية على انما هى فى مسئلة المرابحة ورواية أشهب فى مسئلة مساومة (فرق) والفرق بينهما أن بيع المرابحة انما باعه على أن يربح فى كل عشرة دينارا فاذا فات عنده الثوب بلبس أو قطع لم يجز أن يرجع على ذلك الا الى القيمة مالم ينقص عن الثمن الاول وربحه فلا ينقص منه لان المشترى قد رضى بذلك أو يزيد على الثمن الذى ظهر آخرا وربحه فلا يزاد عليه لان هذا أقصى مطلب البائع وليس كذلك الذى باع مساومة فانه لم يدخل على اشتراط ربح ولا نجاة عن خسارة وهذا كما تقول فى الرجل يشترى نصف العبد بمائة ويشترى رجل آخر نصفه الآخر بمائتين ويبيعانه مرابحة فان لصاحب المائة ثلث الثمن ولصاحب المائتين ثلثى الثمن ولو باعا مساومة لكان الثمن بينهما نصفين (فرع) فاذا قلنا برواية على بن زياد فبماذا يثبت ما ادعاه البائع قال ابن ميسر لا يصدق الا أن يعلم ذلك بقوم حضروا شراءه وأمر يستدل عليه والثوب حاضر * قال القاضى أبو الوليد ومعناه عندى أن يرى من حال الثوب ما يدل على صدقه وانه يشبه من الثمن ما دفعه عليه والله تعالى أعلم

﴿ البيع على البرنامج ﴾

ص ﴿ قال مالك الأمر عندنا فى القوم يشترون السلعة البز أو الرقيق فيسمع به الرجل فيقول لرجل منهم البز الذى اشتريت من فلان قد بلغتنى صفته وأمره فهل لك أن أربحك فى نصيبك كذا وكذا فيقول نعم فيربحه ويكون شريكا للقوم مكانه فاذا نظر اليه رآه قبيحا واستغلاه * قال مالك ذلك لازم له ولا خيار له فيه اذا كان ابتاعه على برنامج معلوم وصفة معلومة ﴾ ش قوله فى أول المسئلة فى

﴿ البيع على البرنامج ﴾
*قال مالك الأمر عندنا فى القوم يشترون السلعة البز أو الرقيق فيسمع به الرجل فيقول لرجل منهم البز الذى اشتريت من فلان قد بلغتنى صفته وأمره فهل لك أن أربحك فى نصيبك كذا وكذا فيقول نعم فيربحه ويكون شريكا للقوم مكانه فاذا نظر اليه رآه قبيحا واستغلاه * قال مالك ذلك لازم له ولا خيار له فيه اذا كان ابتاعه على برنامج معلوم وصفة معلومة

القوم يشترون البز والرقيق فيبيعه على البرنامج يريد والله أعلم ان الرقيق غيب غيبة بعيدة يشق على المبتاع غالبا التوجه اليهم ولو كانوا حاضرين لم يجز ذلك لان النظر اليهم ممكن لا مشقة فيه فلا ينوب عنها الوصف وانما ينوب عنها اذا كان يمنع من النظر اليها مانع من بعد مسافة أو تغير طي وشد يلحق فيه مؤنة ونفقة ويؤدي ذلك الى تغيير نضارة الثوب وهيئته التي تزيد في ثمنه وقد روى ابن المواز عن مالك لا خير في أن يبيع جارية عنده في الدار حاضرة على الصفة قال محمد لأنه يقدر على النظر اليها ووجه ذلك أنه اذا لم تكن في النظر اليها مضرة وشرطا ترك ذلك فهو من بيع المنابذة الذي نهى عنه ومن بيع الغرر الذي لا يجوز اذا قصده البائعان أو أحدهما والله أعلم (مسئلة) فأما الثياب فيجوز ذلك فيها على وجهين أحدهما أن تكون غائبة والثاني أن تكون حاضرة مشدودة في اعدالها بحيث يشق حلها ويحتاج الى مؤنة في ردها الى شدادها مع ما يلحقها في الحل والشد وتكرار ذلك على كل مشتر يريد رؤيتها من الابتذال لها والاذهاب لكثير من حسنها ولا بد في الوجهين جميعا من تقدم رؤية أو صفة وروى جواز ذلك عن عثمان بن عفان وعبد الرحمن بن عوف وقد منع من ذلك الشافعي في أحد قوليه وقال لا يجوز بيع عين غير مرئية وروى ذلك عن ابن عباس وابن عمر والدليل على ما نقوله ان هذا بيع على الصفة فجاز في العين الغائبة أصله السلم المضمون في الذمة (مسئلة) اذا ثبت ما قلناه من انه يجوز بيع الاعيان الغائبة على الصفة فان البيع لازم وليس لهم رده وان استغلوه اذا فتحوا المتاع ما وجدوه على تلك الصفة خلافا لأبي حنيفة في قوله للمبتاع الخيار وان وجد المتاع على تلك الصفة والدليل على ما نقوله ان هذا بيع على صفة فوجب أن يكون لازما أصل ذلك السلم

(فصل) وقوله ان المتاع الذي اشتريته من فلان قد بلغني صفته وأمره فهل لك أن أربحك لفظ فيه اختصار ولا بد أن يتصل به أن يذكر له تلك الصفة وأما ان اقتصر على هذا القول لم يصح لأن للمبتاع أن يدعي من الصفة اذا نظر الى المتاع ما شاء ولم يقع بينهما بيع على صفة معينة فلم يجز ذلك

(فصل) وقوله ويكون شريكا للقوم مكانه يعني انهم كانوا جماعة شركاء اشتركوا في ذلك المتاع فباع منهم أحدهم حصته فصار المبتاع شريكا لسائر الشركاء بحصة من باع منه ويكون هذا حكمه بنفس العقد قبل فتح المتاع

(فصل) وقوله فاذا نظروا اليه فرأوه قبيحا واستغلوه ان ذلك لازم لهم دون خيار يريد انهم رأوه مع موافقة البرنامج من أقبح ما تقع عليه تلك الصفات التي تضمنها البرنامج وذلك انه على هذا دخل أن يلزمه كل ما وجدت فيه تلك الصفات فان الصفات قد تتفق ويكون بعضها أمثل من بعض ومثل هذا يعتري المرئي فقد يرى المتاع فيحسن عنده ثم يراه مرة أخرى فيقبح عنده ولا يثبت ذلك للمبتاع خيارا والله أعلم ص * قال مالك في الرجل يقدم له أصناف من البز ويحضره السوام ويقرأ عليهم برنامجه ويقول في كل عدل كذا وكذا ملحفة بصرية وكذا وكذا ريطة سابرية ذرعها كذا وكذا ويسمي لهم أصنافا من البز بأجناسه ويقول اشتروا مني على هذه الصفة فيشترون الاعدال على ما وصف لهم ثم يفتحونها فيستغلونها ويندمون * قال مالك ذلك لازم لهم اذا كان موافقا للبرنامج الذي باعهم عليه * قال مالك وهذا الامر الذي لم يزل عليه الناس عندنا يجيزونه بينهم اذا كان المتاع موافقا للبرنامج ولم يكن مخالفا له * ش وهذا على ما قال ان من قدم بأصناف من البز فيقرأ برنامجه على السوام ويذكر عددها في كل عدل من ثيابه وأجناسها وذرعها قال القاضي أبو

* قال مالك في الرجل يقدم له أصناف من البز ويحضره السوام ويقرأ عليهم برنامجه ويقول في كل عدل كذا وكذا ملحفة بصرية وكذا وكذا ريطة سابرية ذرعها كذا وكذا ويسمى لهم أصنافا من البز بأجناسه ويقول اشتروا مني على هذه الصفة فيشترون الاعدال على ما وصف لهم ثم يفتحونها فيستغلونها ويندمون * قال مالك ذلك لازم لهم اذا كان موافقا للبرنامج الذي باعهم عليه * قال مالك وهذا الأمر الذي لم يزل عليه الناس عندنا يجيزونه بينهم اذا كان المتاع موافقا للبرنامج ولم يكن مخالفا له

محمد ونوعها وثمنها * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه والذي عندي أنه يجب عليه أن يذكر مع الثمن ما يجب أن يذكره من الصفات في السلم فان وافق المتاع تلك الصفات لزم المبتاع وقال القاضي أبو محمد في بيع الاعيان الغائبة ان الذي يحتاج اليه من ذكر الصفات كل صفة مقصودة تختلف الاغراض باختلافها وتتفاوت الاثمان لأجلها وتقل الرغبة في العين وتكثر بحسب عدمها ووجودها وهو نحو ما قدمناه

(فصل) وقوله ويقول اشتروه مني على هذه الصفة يريد والله أعلم على وجه المرابحة فأما ان باعه منهم على غير المرابحة ففي العتبية من رواية ابن القاسم عن مالك لا أحب ذلك وهذا تدخله الخديعة

﴿ بيع الخيار ﴾

ص ﴿ مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يتفرقا الا بيع الخيار * قال مالك وليس لهذا عندنا حد معروف ولا أمر معمول به فيه * مالك أنه بلغه أن عبد الله بن مسعود كان يحدث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أيما بيعين تبايعا فالقول ما قال البائع أو يترادان ﴾ ش قوله صلى الله عليه وسلم المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يتفرقا اختلف العلماء في تأويله فذهب مالك الى أن المتبايعين هما المتساومان لأن المتبايعين انما يوصفان بذلك حقيقة حين مباشرة البيع ومحاولته ولذلك روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يبع بعضكم على بيع بعض يريد والله أعلم لا يسم على سومه فعلى هذا يكونان بالخيار ما لم يفترقا بالقول ومعنى تفرقهما على هذا كمال البيع باتمام الايجاب والقبول ويكون معناه ان تفرقهما قد حصل بان استبد المبتاع بما ابتاعه والبائع بثمنه وقد يكون التفرق بالانحياز الى المعاني والتباين فيها قال الله تعالى وما تفرق الذين أوتوا الكتاب الا من بعد ما جاءتهم البينة يريد والله أعلم تفرقهم في الاديان ومباينة بعضهم لبعض فيها فعلى هذا يكون معنى الحديث المتساومان لهما الخيار ما لم يكملا البيع قال بهذا أبو حنيفة والنخعي وربيعة بن أبي عبد الرحمن وذهب ابن حبيب الى أن المتبايعين هما من قد وجد منهما التبايع وانقضى بينهما باتمام الايجاب والقبول وانهما قبل ذلك لا يوصفان بانهما متبايعان وانما يوصفان بانهما متساومان ومعنى ما لم يفترقا بالابدان فيكون معنى الحديث على ذلك انهما بالخيار بعد وجود الايجاب والقبول ما داما في المجلس حتى يفترقا بان يزول أحدهما عن الآخر ويفارقه بذاته وبهذا قال الشافعي وهو مذهب عبد الله بن عمر وسعيد بن المسيب والحسن البصري والدليل على ما نقوله أن هذا عقد معاوضة فلم يثبت فيه خيار المجلس كالنكاح

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم كل واحد منهما على صاحبه بالخيار ما لم يفترقا الا بيع الخيار يقتضي والله أعلم على تأويل مالك وأصحابه الا أن يشترط أحدهما الخيار على صاحبه مدة مقررة يثبت مثلها في المبيع ولا يقدر الخيار بمدة فيقضي فيها بالواجب فيكون الاستثناء على هذا مما يقتضيه قوله انهما بالخيار ما لم يفترقا فانه لا خيار بينهما بعد التفرق الا في بيع الخيار فكأنه قال حكم البيوع اللزوم بمجرد العقد الا البيع الذي يشترط فيه الخيار فيثبت فيه الخيار على حسب ما شرط ومعناه على تأويل ابن حبيب ان كل واحد منهما بالخيار ما داما في المجلس الا بيع الخيار وذلك أن يقول أحدهما لصاحبه اختر الامضاء أو الرد فيختار فينقطع بذلك الخيار ويكون معنى ذلك ان عقد البيع على

﴿ بيع الخيار ﴾

* حدثني يحيى عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يتفرقا الا بيع الخيار * قال مالك وليس لهذا عندنا حد معروف ولا أمر معمول به فيه * وحدثني مالك أنه بلغه أن عبد الله ابن مسعود كان يحدث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أيما بيعين تبايعا فالقول ما قال البائع أو يترادان

الخيار الا أن يوقف على قطع الخيار بعده واللفظ فى الاول أظهر من وجهين أحدهما ان بيع الخيار اذا أطلق فى الشرع فانه يفهم منه اثبات الخيار فيه لاقطعه والثانى أنه اذا قال له بعد كمال العقد أجز أو ردلا يجب أن يوصف بذلك البيع بانه بيع خيار لان قطع الخيار انما يطرأ بعد كمال العقد وعلى تأويل مالك يوصف بيعهما بانه بيع خيار لانه مشترط فيه ومنعقد على حكمه (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان مدة الخيار ثابتة فى الشرط وهى مختلفة باختلاف المبيع ولا يقصر على ثلاثة أيام خلافا لأبى حنيفة والشافعى والدليل على مانقوله ان هذا خيار يستحق به الرد فلم يقصر على ثلاثة أيام كخيار الرد بالعيب (فرع) اذا ثبت ذلك فالخيار بالبيع بقدر مايحتاج اليه من مدة النظر اليه والاختيار له والسؤال عنه مع تسرع استحالة المبيع وابطاء ذلك فيه ففى المدونة هو فى الدار الشهر ونحوه وفى الواضحة عن ابن الماجشون الشهر والشهران ووجهه انه يحتاج من النظر الى حيطانها وأسسها ومرافقها واختبار جيرانها ومكانها الى مايحتاج فيه الى المهلة مع كونها مأمونة لاتسرع اليها الاستحالة (فرع) وأما الرقيق فعن مالك فى المدونة الخمسة الأيام والجمعة وما أشبه ذلك وقال ابن المواز الأربعة أيام والخمسة ولا أفسخه فى عشرة أيام وأفسخه فى الشهر وأجاز ابن القاسم فى العبد عشرة أيام وروى ابن وهب ان مالكا أجازه فى الشهر وأباه ابن القاسم وأشهب وجه اجازته فى الشهر ان الرقيق ذو ميز ور بما ستر مافيه من الاخلاق والعيوب التى تزهد فيه ويستعمل مايرغب فيه مدة فيجب أن يسرع فيه من مدة الشرط مالا يكاد أن يستتر فيه أمره غالبا وان رام ستره ووجه قول ابن المواز انه يحتاج فيه الى الاختبار المدة الا ان التغير يسرع اليه فمنع ذلك طويل المدة والشهر مدة يتغير فيها غالبا (فرع) وأما الدابة ففى المدونة يركب اليوم وما أشبهه ولا بأس أن يشترط السير عليها البريد والبريدين مالم يتباعد ذلك والفرق بينها وبين الرقيق انها لاتميز فتكتم أخلاقها وأحوالها فى مثل هذه المدة يختبر حسن أخلاقها وسيرها ويحتمل أن يريد ركوب الدابة اليوم فى المدينة على حسب مايركب الناس فى تصرفاتهم وسير البريد والبريدين لمن خرج من المدينة ليختبر بذلك تأسيرا أوصبرها فى حالها * قال القاضى أبو الوليد ويحتمل عندى أن تضاف الى ذلك الليلة ليختبر أكلها وحالها فى وقوفها ووضع آلتها عليها ونزعها عنها ولا يشترط من ذلك أكثر مما يحتاج اليه فانما يسرع التغير اليها وقال أبو محمد عبد الحق انه يشترط الخيار فى الدابة اليوم والثلاثة كالثوب من غير ركوب وانما شرطه فى المدونة اليوم للركوب والله أعلم (فرع) وأما الثوب ففى الواضحة يشترط فيه اليومان والثلاثة ووجه ذلك انه يسئل عنه أهل المعرفة به ولم يضيق عليه فى ذلك لانه يسرع اليه التغير ولا يشترط لباس الثوب وان شرط استخدام الرقيق وركوب الدابة لان اختبار الرقيق انما يكون بالاستخدام والتصرف واختبار الدابة بالركوب وأما الثوب فلا يختبر باللباس الا أن يشترط منه قدر مايعرف به طوله أو قصره (فرع) وأما الفاكهة كالبطيخ والقثاء والتفاح والرمان والخوخ فقد قال ابن القاسم فى المدونة ان كان الناس يستشيرون فى مثل هذا ففيه من الخيار بقدر الحاجة وهذا فيما يعرف بعينه كالثوب والدابة والدار والعبد فاما مالا يعرف بعينه كالمكيل والموزون والمعدود فان اشترط فيه خيار فلا يغيب المشترى على شئ منه قاله ابن القاسم وأشهب لانه قد يغيب عليه فيرد غيره مكانه قال أشهب لانه يصير تارة سلفا ان رده وتارة بيعا ان أبى رده (فرع) وأما الخيار فى السلم فقد قال مالك يجوز فيه اليوم واليومان والثلاثة ووجه ذلك انه لمعنى السؤال والمشورة مع ان المعقود عليه لايلحقه بذلك تغير فصار كالثوب وانما يمنع من كثيره لما فى ذلك من مشابهة الكالئ بالكالئ وذلك

مما يخفى عن يسيره دون كثيره (مسئلة) اذا شرط الخيار ولم يقررا المدة لم يبطل البيع وحكم في ذلك بمقدار ما تختبر به تلك السلعة في غالب العادة وقال أبو حنيفة والشافعي يبطل العقد والدليل على ما نقوله ان هذا الخيار له قدر في الشرع وذلك قدر الحاجة اليه في كل نوع من المبيع فاذا أخلا بذكره فقد دخلا على المعروف ألا ترى انهما لو زادا عليه لفسد العقد به ولم يثبت لهما ما زاداه

(مسئلة) اذا شرطا من مدة الخيار ما لا يجوز فقد قال سحنون فمن اشترى دارا بالخيار ثلاث سنين أو أربع سنين أو أجل لما يجوز له الخيار ترد الى صاحبها ولا تفوت بالبناء والغرس في مدة الخيار ان كان الخيار للبائع فان تباعد أجل الخيار المشترط يريد والله أعلم انقضى ومضى بعد مدة طويلة فالبناء فوت وعليه قيمتها يوم خروج وقت الخيار وروى ذلك العتبي عن سحنون وانما معنى ذلك أن بناء المبتاع في مدة الخيار والخيار لغيره لا يبطل حكم الخيار فيكون بمنزلة من بنى في ملك غيره ولو كان الخيار له فبنى لعد ذلك منه امضاء البيع فيكون بمنزلة من بنى بعد انقضاء مدة الخيار وذلك فوت وقد روى سحنون عن ابن القاسم فمن ابتاع حيوانا أو غيره على انه بالخيار أربعة أشهر فقبض المبيع فان مصيبته من البائع اذ لم يتم فيها بيع يريد والله أعلم انها تلفت في مدة الخيار وروى ابن سحنون عن أبيه فمن اشترى سلعة وشرط فيها الخيار سنة أو سنتين ان البيع فاسد وضمانها من المشتري من يوم قبضها وقال الشيخ أبو محمد ورواية العتبي عنه أحسن والله أعلم وجه رواية العتبي انه لم يقبض السلعة في مدة الخيار على وجه التمليك فلم يكن نماؤها ونقصانها له فلا تفوت بذلك عنده ولا يضمن ضياعها لانه لم يقبضها بذلك فاذا خرجت عن أيام الخيار فقد بقيت عنده على وجه التمليك فتفوت بما يحدث بعد ذلك من زيادة أو نقص ويكون ضمانها منه ووجه القول الثاني ما احتج به من انه قبضها بالبيع الفاسد وذلك مثل ما قال أصحابنا فمن باع سلعة على انه متى رد الثمن فهو أحق بسلعته وان رده الى خمس سنين أو أكثر مما لا يجوز الخيار اليه انه بيع فاسد والمشتري ضامن من يوم القبض وفرق بينه وبين المشتري بالخيار الى ما يجوز فيه الخيار ويشترط النقد فقال في هذا ضمانها من البائع وان قبضها المشتري الا أن يقبضها بعد أجل الخيار لان الخيار ههنا صحيح لم يفسد به العقد (فرع) وما حدث بالمبيع من نماء في أمد الخيار فلا يخلو أن يكون من جنسه أو من غير جنسه فان كان من جنسه كالولد فقد قال ابن القاسم الولد في مدة الخيار للمشتري وقال أشهب هو للبائع وجه قول ابن القاسم انه نماء من جنس العين فكان حكمه حكمها كالسمن ووجه قول أشهب انه نماء منفصل كالمال يوهب للعبد في مدة الخيار فانه للبائع قال أشهب ان اختار المشتري البيع واتفقا على جمعهما في ملك والا نقض البيع ومن اشترى عشر جوار من مائة يختارهن فلم يختر حتى وضعن قال ابن القاسم هذا لا يكون له الخيار في أخذ الأمهات ويفسخ البيع من أجل التفرقة وقيل لا يفسخ والولد للبائع ويجمع بينهما في ملك أو يبيعان وهذا موافقة من ابن القاسم لأشهب وكان يجيء على قول ابن القاسم في المدونة انه يختار الأمهات وتكون أولاد ما اختار معها بمنزلة سمن أجسامها وقال أشهب فمن اشترى عشرة يسيره من مائة يختارها فولدت انه يختار الأمهات دون الأولاد قال أشهب وقد وضعت في ضمان غيره

(مسئلة) لا يجوز اشتراط النقد في بيع الخيار لانه تارة يكون بيعا ان اختار البيع وتارة يكون سلفا ان رد البيع ولا يجوز أن يشترط السلف للتخيير في بيع لان السلف من عقود المعروف التي تبطل المعاوضة اذا قارنتها كالبيع والسلف وقد أشار الى هذا سحنون وهو ظاهر في المدونة

(فرع) فان عجل النقد على الطوع بعد تقدم العقد جاز الا في السلم قال ذلك الشيخ أبو محمد رحمه الله ووجهه ما احتج به من انه اذا تطوع بالنقد فيه ثم أراد الاجازة فسخ الثمن الذي تطوع بنقده في المسلم فيه الى أجل وذلك لا يجوز لانه فسخ دين في دين واذا كان الخيار في بيع معين وتطوع بتعجيل النقد صرف الثمن الذي تبرع بتقديمه في عين يتعجل قبضه والله أعلم (مسئلة) ومما يكون من المبتاع اجازة في مدة الخيار أن يهب ما اشتراه بالخيار أو تكون جارية فيدبرها أو يكاتبها أو يؤجرها أو يعتقها أو يتصدق بها أو يطؤها أو يقبلها أو يباشرها فذلك كله اجازة عند ابن القاسم وذلك أن مثل هذا لا يفعله الانسان الا فيما علكه فكان فعله له فيما يجوز له أن يتملكه تملكا كانتزاع مال عبده (فرع) فاذا جرد الجارية لينظر اليها فليس ذلك باختيار الا أن يجردها ملتذذا بالنظر اليها أو ينظر الى فرجها فذلك رضى بها قاله ابن القاسم ولو كانت جارية فزوجها لكان ذلك منه رضا قاله ابن المواز قال وانما خالف أشهب ابن القاسم في تزويج العبد وأما تزويج الأمة فهو رضا عندهما (فرع) ولو رهن العبد أو آجره أو زوجه أو أسلمه الى خباز أو طباخ أو كتاب أو ساوم به لكان اختيارا وكذلك لو قطع يده أو فقأ عينه أو ضرب بفعل ذلك عمدا فان فعله خطأ رده مع ما نقصه قال ذلك ابن القاسم في المدونة وقال في غيرها ويحلف ان اتهم وقال أشهب لا تكون الاجارة ولا الرهن ولا السوم بها ولا الجنايات ولا اسلامه الى الصناعات ولا تزويجه العبد اجازة منه بعد أن يحلف في الاجارة والرهن وتزويج العبد وروى محمد عن أشهب انه يحلف في هذه الوجوه كلها بالله ما كان منه هذا رضا بالعبد وجه قول ابن القاسم ان هذه كلها معان لا يفعلها الانسان من غير تعد الا فيمن تملكه فلا يحمل أمره على التعدي بل على عمل ماله فعله وهو الاجارة ووجه قول أشهب أن ما يفعل الانسان فيما لا يملكه على قسمين قسم على وجه التعدي ومنه على وجه الاختبار كالمساومة وتسليمه في الصناعات ليختبر قبوله لها ونفاذه فيها فلا يجوز أن يقضى عليه بمجرد فعله على انه أمضى البيع وهو يحتمل أن يكون فعله لاختيار المبيع (مسئلة) ولو كانت دابة فقطع ذنبها المبتاع أو ودجها أو غر بها أو سافر بها فذلك كله اجازة منه للبيع قاله ابن القاسم قال ولو ركبها الى موضع قريب فهو على خياره لانه يقول ركبتها لأختبرها ولذلك شرط الخيار (مسئلة) ولو باع السلعة في مدة الخيار فقد روى علي بن زياد عن مالك لا ينبغي أن يبيع حتى يختار فان باع فليس بيعه اختيارا ولرب السلعة أن يجيز فيأخذ الثمن أو يرد البيع وفي الواضحة انه ان قال بعته بعد الرضا صدق مع يمينه وان قال بعته قبل ان أرضى فالربح للبائع منه ومثله لابن القاسم في انه لا يكون البيع رضا وجه ذلك انه قد تعلق حق البائع منه بالربح الذي باع به فيقول انه لي لانك بعت قبل الرضا فالربح لي وهذه المسئلة مخالفة للمسائل المتقدمة لان هذه المسئلة البائع ينكر الرضا ويريد الرد وفي سائر المسائل البائع يدعي رضاه بالبيع ويمنع الرد لانه لا غرض في شيء منها للبائع والله أعلم ولو كان يدعي عليه الرضا بالبيع للزمه ذلك لانه قد قال ان الرضا يثبت عليه بالمساومة والبيع في ذلك أبلغ (مسئلة) ومن حجم العبد أو حلقه على المشط ففي الواضحة انه رضى به فان وكذلك او جعل من يخضب يد الجارية أو يضفر رأسها بالغاسول الا أن تفعل ذلك الجارية بغير أمره فلا يكون رضى (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان البيع في مدة الخيار على ملك البائع كان الخيار للبائع أو للمبتاع أو لهما وقال أبو حنيفة ان كان الخيار للمشتري وحده فقد خرج المبيع من ملك البائع ولم يدخل في ملك المشتري وقال الشافعي ينتقل بنفس العقد وله قول آخر انا نراعيه والدليل على

بما نقوله أنه ايجاب لازم للبائع فلم ينتقل به الملك أصل ذلك اذا كان الايجاب لم يوجد فيه القبول بعد (مسئلة) واذا هلك المبيع في مدة الخيار بيد البائع فهو منه وان هلك بيد المبتاع ففي كتاب ابن حبيب ان كان مما لا يغاب عليه فهو من ضمان البائع مع يمين المبتاع لقد ذهب من غير فعله وان كان مما يغاب عليه فهو من ضمان المبتاع اذا لم تقم بينة بضياعه ووجه ذلك انه قبضه لمنفعة نفسه مع بقائه على ملك بائعه فأشبه الرهن (فرع) وعماذا يضمن في الواضحة ضمن بالثمن دون القيمة ووجه ذلك أنه يتهم أن يغيب عليه ويدعى ضياعه ليأخذ بالقيمة وقد كان بائعه لا يبيعه ولا يسلمه اليه بقيمة الا بما شرط من ثمنه ومتى قبضه على ثمن يصح ضمنه به كما انه اذا قبضه على غير ثمن لم يضمنه الا بالقيمة (مسئلة) خيار الشرط موروث وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة ليس بموروث والدليل على ما نقوله قوله تعالى ولكم نصف ما ترك أزواجكم وهذا الحق مما ترك فوجب أن يكون للوارث ومن جهة القياس ان هذا خيار ثبت لاصلاح المال فوجب أن ينتقل بالموت الى الوارث كخيار الرد بالعيب (فرع) وان أغمي عليه لم يكن للسلطان ابطال خياره في أيام الخيار فان تطاول ذلك نظر السلطان فان كان منه ضرر فسخ البيع وليس له الاجازة للمغمى عليه هكذا وقعت هذه المسئلة في المدونة والموازية وروى ابن المواز عن أشهب ان السلطان أن يجيز أو يرد في مدة الخيار فان لم يفعل حتى مضت أيام الخيار لم يكن له نظر ورد البيع فيقع الخلاف بينهما في مدة الخيار فوجه قول ابن القاسم ان المغمى عليه ليس للسلطان الحجر عليه ولا النظر في ماله بالبيع والشراء أو الرد والامضاء لقرب ما يرجى من افاقته وانما الحجر على من يطول أمره ويبعد وقت افاقته المدة الطويلة التي يخاف فيها ضياع ماله ووجه قول أشهب انه لما تعذر على المغمى عليه النظر كان السلطان هو القائم عنه والآخذ له بما له أن يأخذ به لنفسه والله أعلم (مسئلة) اذا أراد من شرط الخيار لنفسه من المتبايعين أن يجيز أو يفسخ جاز له ذلك وان لم يحضر الآخر خلافا لأبي حنيفة في قوله ليس له ذلك الا بمحضر الآخر والدليل على ما نقوله ان من لم يفتقر حال العقد الى رضاه فانه لا يفتقر الى حضوره كالأجنبي (مسئلة) ولو انقضت مدة الخيار ولم يختر من له الخيار فقد قال مالك وابن القاسم له أن يرد السلعة بعد مغيب الشمس من آخر أيام الخيار ومن الغد وقرب ذلك فان تباعد فليس له ردها قال مالك أرأيت ان من مرض أو حبس أيلزمه البيع قال أشهب وابن الماجشون اذا مضت الأيام بلياليها فلا رد له فان رد قبل غروب الشمس من آخرها فذلك له وجه القول الأول ان في تحديد وقت الخيار نوعا من الغرر فقد يعوق العائق في ذلك الوقت عن الالتزام أو الرد مع حاجته الى ذلك وما أثر الغرر في البيع كان ممنوعا ولذلك منع في السلم أن يريه حنطة ويسلم اليه في مثلها ومن جوزه لم يلزم المسلم اليه الا ما يكون حكمه حكمها لتعذر وجود مثلها ووجه القول الثاني ان اشتراط المدة يقتضي توقيتها والمنع من الزيادة عليها كأجل الدين وعهدة الثلاث (فرع) فاذا قلنا بقول مالك فانه يعتبر في ذلك ممن كانت السلعة في يده بان كان الخيار للبائع والسلعة بيده حتى انقضت مدة الخيار وما يقرب منها فالسلعة له وليس له امضاء البيع ولو كانت بيد المشتري لنفذ البيع ولم يكن للبائع الرد وكذلك لو كان الخيار للمشتري أولهما على حسب هذا يكون الأمر فيه وهو معنى قول ابن القاسم في المدونة ص ﴿ قال مالك فيمن باع من رجل سلعة فقال البائع عند مواجبة البيع أبيعك على أن أستشير فلانا فان رضي فقد جاز البيع وان كره فلا بيع بيننا فيتبايعان على ذلك ثم يندم المشتري قبل أن يستشير البائع فلانا ان ذلك البيع لازم لهما على ما وصفا ولا خيار للمبتاع وهو لازم له ان أحب الذي اشترط له البائع أن يجيزه ﴾ ش وهذا على ما قال ان

قال مالك فيمن باع من رجل سلعة فقال البائع عند مواجبة البيع أبيعك على أن أستشير فلانا فان رضي فقد جاز البيع وان كره فلا بيع بيننا فيتبايعان على ذلك ثم يندم المشتري قبل أن يستشير البائع فلانا ان ذلك البيع لازم لهما على ما وصفا ولا خيار للمبتاع وهو لازم له ان أحب الذي اشترط له البائع أن يجيزه

البائع له أن يشترط مشورة فلان وخياره وكذلك المبتاع خلافا لأحمد بن حنبل وأحد وجهي أصحاب الشافعي والدليل على ذلك ان الخيار وضع لتأمل المبيع واختباره وقد يكون هو ممن لا يبصر فيشترط خيار غيره أو يكون هو يبصر ويشترط استعانته به (فرع) وهذا اذا كان المشترط مشورته واختياره حاضرا أو قريب الغيبة وان كان بعيد الغيبة فسد البيع لانه معين يشترى على أن يستحق قبضه الى أجل بعيد وذلك غير جائز (مسئلة) فاذا باع البائع واشترط مشورة فلان فان ذلك يلزم المبتاع وللبائع أن يمضي البيع أو يرده قبل نظر فلان المذكور روى ابن المواز عن مالك انه قال كمن خلع وكالة وكيل وكذلك من ابتاع على أن يستأمر فلانا فقد قال مالك للمبتاع أن يرد البيع ولا يستأمر هذا وقوله كمن خلع وكالة وكيل فيه نظر لان الاستئمار ليس بمعنى التوكيل والتسليط على العمل وانما معنى المشاورة والاستئمار استعلام رأى المشير وما عنده في ذلك ثم العمل في ذلك للمستشير بموافقته له أو مخالفته الا أنه يحتمل أن يريد بذلك ان الوكيل الذى فوض اليه العمل خلعه فكيف بمن لم يفوض له شئ (مسئلة) وأما ان شرط البائع خيار أجنبي فقد سوى ابن حبيب في واضحته بين المشورة والخيار وقال ان لمن شرط ذلك من المتبايعين الأخذ أو الرد دون الأجنبي رواه ابن المواز وروى ابن مزين عن ابن نافع انهما سواء ولا رد للمبتاع الا برأى من اشترط خياره أو مشورته كذا نقله الشيخ أبو محمد في نوادره والذى في كتاب ابن مزين عن يحيى بن يحيى عن ابن نافع في الذى يبيع السلعة ويستثنى أن يستشير فلانا فان أمضى البيع بينهما تم بيعهما فقال البيع لازم للبائع وللمبتاع ان أجازه الذى استثنى البائع نظره ولا ينفع أحدهما ندمه وهذا ليست فيه استشارة فقط بل قد جعل اليه الامضاء فهو أبلغ من أن يجعلا اليه الخيار والرضا وقد سوى في ذلك بين المتبايعين وروى أصبغ عن ابن القاسم انهما ان جعلا الى أجنبي الرد والامضاء انهما قد تخاطرا في ذلك ولا يعجبه وفي المدونة عن مالك في البائع يبيع على رضا أجنبي أو خياره فان رضي البائع أو فلان جاز البيع وهذا اللفظ يقتضي ان من أجاز منهما البيع جاز وعليه تأوله ابن لبابة وخالفه غيره في هذا التأويل وفي المدونة عن مالك انه فرق بين المشورة والرضا والاختيار في حق المبتاع فقال ان شرط المبتاع مشورة أجنبي جاز له أن يجيز دون المشاورة وان شرط رضاه أو على خياره فليس للمبتاع أن يرده ولا يجيزه حتى يرضى فلان وذكر القاضي أبو محمد ان البائع اذا شرط خيار أجنبي أو رضاه كان له الاختيار دون الاجنبي بخلاف المشترى يشترط ذلك فلا خيار للمشترى دون الأجنبي والفرق بينهما ان حال البائع أقوى لان المبيع باق على ملكه وله عزل من جعل الخيار اليه والمشترى لم يملك المبيع بعد ولم يوجب له فيه على اختياره انما شرط اختيار غيره فليس له عزل الغير عما لا يملك (فرع) ومن اشترى لغيره وشرط خيار حاضر أو غائب قريب الغيبة قال ابن حبيب له أن يجيز البيع دونه بخلاف الذى يشترى لنفسه وتوجيهه يقرب مما قدمناه ويتخرج على قول مالك وابن نافع أن خيار الأجنبي في ذلك غير لازم على ما تقدم

ص ﴿قال مالك الأمر عندنا في الرجل يشترى السلعة من الرجل فيختلفان في الثمن فيقول البائع بعتكها بعشرة دنانير ويقول المبتاع ابتعتها منك بخمسة دنانير أنه يقال للبائع ان شئت فاعطها للمشترى بما قال وان شئت فاحلف بالله ما بعت سلعتك الا بما قلت فان حلف قيل للمشترى اما أن تأخذ السلعة بما قال البائع واما أن تحلف بالله ما اشتريتها الا بما قلت فان حلف برئ منها وذلك ان كل واحد منهما مدع على صاحبه﴾ س وهذا على حسب ما قال ان المتبايعين اذا اختلفا في الثمن كان كل واحد منهما مدعيا ومدعى عليه وذلك ما لم يفت المبيع ويتقرر عليه اليمين وذلك على ثلاثة أحوال

قال مالك الامر عندنا في الرجل يشترى السلعة من الرجل فيختلفان في الثمن فيقول البائع بعتكها بعشرة دنانير ويقول المبتاع ابتعتها منك بخمسة دنانير انه يقال للبائع ان شئت فاعطها للمشترى بما قال وان شئت فاحلف بالله ما بعت سلعتك الا بما قلت فان حلف قيل للمشترى اما أن تأخذ السلعة بما قال البائع واما أن تحلف بالله ما اشتريتها الا بما قلت فان حلف برئ منها وذلك أن كل واحد منهما مدع على صاحبه

أحدها أن يختلفا قبل القبض والثاني أن يختلفا بعد القبض وقبل فوات السلعة والثالث أن يختلفا بعد فوات السلعة فأما ان اختلفا قبل أن يقبض المبتاع السلعة فهي المسئلة التي تكلم عليها مالك في أصل الكتاب وقال انهما اذا اختلفا وقال البائع بعتكها بعشرة دنانير وقال المبتاع ابتعتها منك بخمسة دنانير فقال انه يبدأ بالبائع فيقال له ان شئت أن تسلمها للمبتاع بما قال والا فاحلف انك بعتها منه بعشرة دنانير فان حلف قيل للمبتاع خذها بما حلف عليه البائع والا فاحلف بأنك اشتريتها منه بخمسة فان حلف لم يلزم أحدهما ما حلف عليه الآخر وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ووجه ذلك أن كل واحد منهما مدع ومدعى عليه فلم يكن دعوى أحدهما بأظهر من دعوى الآخر لكن قدم البائع بالتخيير بين التسليم أو اليمين لان ملكه أقدم من ملك المبتاع والايجاب الذي من جهته قبل القبول الذي من جهة المبتاع فان حلف لم تكن يمينه يمينا يستحق بها ما حلف عليه وانما كانت يمينه يمينا تمنع المبتاع من استحقاق السلعة لما يحلف عليه ان حلف ويقوي دعواه انه انما باع بالثمن الذي ذكره فاذا اقترن به نكول المبتاع استحق بها الثمن الذي حلف عليه فاذا حلف المبتاع لم يستحق أيضا أخذ السلعة بما حلف عليه لان يمينه انما هي لمقاومة يمين البائع ولتقوى دعواه بمثل ما قوى به البائع دعواه بيمينه فاذا تكافأت اليمينان لم يكن قول أحدهما أولى من قول الآخر فينتقض البيع بينهما لان البائع اقتضت يمينه أن لا يخرج السلعة من يده بخمسة مثاقيل والمبتاع اقتضت يمينه أن لا يستحق عليه في ثمنها عشرة مثاقيل فلم يبق الا فسخ ما بينهما (فرع) واذا قلنا يفسخ ذلك بينهما فقد قال سحنون ان بنفس التخالف ينتقض التبايع وفي النوادر قال محمد بن عبد الحكم اذا تحالفا ثم أراد البائع أن يلزم المشتري بما حلف عليه المشتري فذلك له وان شاء فسخ البيع وقال ابن القاسم في المدونة الا أن يرضى المبتاع قبل الحكم بالفسخ بما قال البائع فذلك له وجه ما قاله سحنون ان الحلف اذا لزم من الجهتين وتعقبه فسخ كان ذلك لازما لا خيار فيه لأحد كاللعان ووجه ما قاله محمد بن عبد الحكم من أن الخيار للبائع بعد أيمانهما أن الخيار قد ثبت للبائع بنفس اختلافهما ولذلك خير قبل أن يحلف وليس في أيمانهما ما يقطع خياره لان يمينه انما كانت لتقوى دعواه ويمين المبتاع لتقاوم يمين البائع وتمنعه من أخذ السلعة لما حلف عليه فبقي الخيار للبائع وتحرير من هذا قياسا فنقول ان هذا خيار للبائع ثبت باختلافهما فكان باقيا له ما لم يفسخ بيعهما أصل ذلك قبل تحالفهما ووجه قول ابن القاسم ان يمين البائع قد انتقل الخيار الى المبتاع ولو أراد أن يمضي السلعة للبائع لما حلف عليه لكان له ذلك وهو معنى نكوله بل لا يتعذر أن ينفصل عن هذا الا باليمين فاذا حلف كان له الخيار وذلك ان له أن يمضي البيع بما حلف عليه البائع كما كان له ذلك قبل يمينه وكان له رده لمقاومة يمينه يمين البائع وكان الخيار له دون البائع والله أعلم (مسئله) ولو نكل البائع أولا انتقلت اليمين الى المبتاع فان حلف كانت السلعة بالخمسة التي حلف عليها وذلك انه قد قوي جنبته بيمينه ونكول البائع ولو نكل المبتاع أيضا قال القاضي أبو محمد اختلف فيه فقيل يفسخ البيع وقيل القول قول البائع وهذه الرواية الثانية هي رواية ابن حبيب وردت مجملة دون تفصيل وقد حملها قوم على أنها تلزم المبتاع ما قال البائع دون أن يحلف البائع قال القاضي أبو الوليد والذي عندي أنه لا يكون ذلك للبائع الا مع يمينه لان يمينه الأولى لم تكن لاستحقاق ما يحلف عليه لان للمبتاع أن يسقط ذلك عن نفسه بيمينه فاذا نكل عنها ثم نكل المبتاع بعده ثبت في حقه يمين أخرى وهي اليمين التي يستحق بها ما حلف عليه ولا يكون للمبتاع اسقاط ذلك عنه بيمينه لانه قد ترك ما هو أقوى من هذه اليمين وهو أن يحلف ويأخذ

السلعة بالمبيعة التي حلف عليها ولا يكون غير المدعي كمن ادعى على رجل عشرة دنانير وأقام بذلك شاهدا فدعي له بيمينه مع شاهده فنكل فردت اليمين على المدعى عليه فنكل فانه يلزمه العشرة دنانير لنكوله دون يمين المدعي لان اليمين نكل عنها المدعي التي ردت على المدعى عليه لان المدعي لو حلف أولا لاستحق حقه ولو حلف المدعى عليه عند نكول المدعي لاستحق البراءة مما ادعى عليه وليس كذلك في مسئلتنا فان البائع لو حلف لم يستحق ما حلف عليه بمجرد يمينه ولو أحلف المبتاع لا يستحق ما حلف عليه بمجرد يمينه فاحدى اليمينين غير الاخرى واذا نكل المبتاع وجب أن ترد يمين الاستحقاق على البائع لانها لم تثبت قط في جنبته يمين يستحق حقه بها وانما تثبت في حقه أولا يمين اذا أتمها قيل للمبتاع اما أن تحلف وتسقط عن نفسك ما حلف عليه أو تنكل فيقضى له بما حلف عليه والله أعلم (مسئلة) وأما اذا اختلفا بعد قبض السلعة وقبل فوتها فالذي رواه أشهب وابن القاسم عن مالك انهما يتحالفان ويتفاسخان وروى ابن وهب عن مالك ان القول قول المبتاع وفي كتاب ابن المواز لم يختلف قول مالك قبل التفرق وانهما يتحالفان ويتفاسخان واختلف قوله اذا تفرقا وقد قبض المبتاع السلعة فروى عنه ابن حبيب ما تقدم وجه رواية ابن القاسم ان السلعة باقية على صفتها فكان حكمها أن يتحالفا ويتفاسخا ولا تأثير لقبضها بانفراده كما لا تأثير له في البيع الفاسد ووجه رواية ابن وهب ان جنبة المبتاع قد قويت بالقبض ولليد تأثير في ثبوت الأيمان في جنبة ذي اليد كما لو تداعى رجلان حقا هو في يد أحدهما لكان القول قوله مع يمينه (فرع) فاذا قلنا برواية ابن القاسم فسواء انتقد الثمن أو لم ينتقده يتحالفان ويترادان ما لم تفت رواه ابن المواز عن ابن القاسم (مسئلة) وأما اذا فاتت السلعة بزيادة أو نقصان أو حوالة أسواق فروى ابن القاسم عن مالك ان القول قول المبتاع وبه قال أبو حنيفة وروى أشهب عن مالك انهما يتحالفان أبدا وان تلفت السلعة وبه قال الشافعي ووجه رواية ابن القاسم ان التحالف قبل الفوات يوجب الفسخ في عين السلعة ورد عينها الى البائع وذلك متعذر بعد تلفها وانما يرد بدلها وهو القيمة فيقرر بها من ذلك ان المبتاع غارم لما تعلق بذمته ومن كان هذا حكمه فالقول قوله ووجه رواية أشهب ان هذه احدى حالتي السلعة فوجب اذا اختلف متبايعاها في ثمنها أن يتحالفا ويتفاسخا كحالة الوجود فيتقرر من هذا أن في المسئلة ثلاث روايات احداها انهما يتحالفان ما لم يقبض السلعة ويفترقان فاذا فارقه المبتاع وقد قبضها فالقول قول المبتاع وهي رواية ابن وهب وبها يأخذ سحنون والرواية الثانية انهما يتحالفان ويترادان أبدا وهي رواية أشهب وقد روى ابن القاسم عن مالك الروايات كلها وهي ظاهرة في النوادر (مسئلة) وهذا اذا اختلفا في مقدار الثمن واتفقا على جنسه وأما ان اختلفا في جنسه فقال أحدهما بدينار وقال الآخر بطعام قال ابن القاسم الاختلاف المذكور اذا اتفقا في الجنس فأما اذا اختلفا فانهما يتحالفان أبدا وترد القيمة ووجه ذلك انهما لم يتفقا على جنس لكون البائع يدعي زيادة ينكرها المبتاع وقد صدقه فيما اتفقا عليه فيكون القول قول المبتاع لانه مدعى عليه الزيادة واذا اختلف الجنسان كان كل واحد منهما مدعيا ومدعى عليه لانهما لم يتفقا على شيء من الثمنين والله أعلم (مسئلة) وهل يراعى في ذلك أن يأتيا أو يأتي أحدهما بما لا يشبه في كتاب ابن المواز عن ابن القاسم ان معنى قول مالك القول قول من ادعى منهما ما يشبه يعني بعد فوتها بيد المشتري في سوق أو بدن وذكر ابن حبيب عن مطرف وأصبغ وابن الماجشون انهما يتحالفان اذا أتيا بما يشبه وان أتى أحدهما بما لا يشبه فالقول قول من أتى بما يشبه * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه والذي عندي في ذلك ان مذهب ابن القاسم

لا يراعي مع بقاء السلعة فى وقت حكم بالتحالف والتفاسخ أن يأتي أحدهما بما يشبه أو بما لا يشبه وراعي ذلك بعد فواتها فيكون القول قول المبتاع اذا أتى بما يشبه وان ذهب مطرف وابن الماجشون وأشهب مراعاة قول من أتى بما يشبه دون من أتى بما لا يشبه وان كانت السلعة بما لا يحكم فيها بالتحالف والتفاسخ والقولان موجودان فى المدونة لمن تأملهما فيمن اكترى راحلة بمصر ونقد مائة فلما بلغا المدينة قال اكتريت الى مكة بمائة وقال المكرى الى المدينة بمائتين قال ابن القاسم القول قول المكرى فى المائة التى قبض اذا أتى بما يشبه وعليه اليمين انه لم يكر الى مكة بالمائة وعلى المتكارى اليمين فى المائة الأخرى وان لم ينتقده فالقول قول المكرى فى المسافة والقول قول المكترى فى الكراء ويقسم ما بين مصر الى مكة فيكون للمكرى بمقدار ما بين مصر الى المدينة وقال غيره مثل قوله وذلك اذا أتيا جميعا بما يشبه فان أتى المكرى بما يشبه دون المكترى فالقول قوله مع يمينه وحيث ما يجد لابن القاسم هذه المسئلة فى المدونة وغيرها لا يجده يراعي ما يشبه الا بعد الفوات وقد خالفه الغير وهو عندى أشبه على ما ورد فى هذه المسئلة والله أعلم (مسئلة) ولو قبض البائع الثمن والسلعة بيد المبتاع لم تفت بحوالة سوق ولا غيره وقد تقدم من رواية ابن المواز عن ابن القاسم انهما يتحالفان ويتفاسخان نقد الثمن أو لم ينتقده ما لم تفت السلعة وههنا أظهر لأن لقبض الثمن تأثيرا فى محل اليمين فيجب أن يكون فى هذه المسئلة وفى التى قبلها على ذلك قول آخر بمراعاة القبض والله أعلم (فرع) ولو حالت أسواق السلعة بيد البائع وقد قبض الثمن فالقول قوله مع يمينه ولو قبض بعض الثمن لم يكن عليه من السلعة الا بقدر ما قبض من الثمن بعد ان يحلف ثم يحلف المبتاع والا لزمته بقية السلعة وغرم بقية الثمن على ما حلف عليه البائع وذلك اذا لم يكن فى التشارك فى تلك السلعة ضرر فان كان فيها ضرر كالعبد الواحد والدابة تحالفا وتفاسخا وان طال ذلك رواه ابن المواز عن ابن القاسم (مسئلة) ولو تبايعا طعاما فقبل ان يتقابضا اختلفا فقال البائع بعتك خمسة أرادب بدينار وقال المبتاع ابتعت منك ستة أرادب بدينار فقد روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم يتحالفان ويترادان فيفسخ البيع كله وروى ابن حبيب عن مطرف عن مالك اذا اختلفا فقال البائع بعتك ثلاثة أرادب بدينار وقال المبتاع ابتعت منك أربعة أرادب بدينار حلف المبتاع انه ابتاع منه أربعة أرادب بدينار وحلف البائع أنه ما باعه الا ثلاثة أرادب بدينار فان حلف صدق البائع فيما عليه فيؤدى ثلاثة أرادب ويصدق المبتاع فيما عليه فيؤدى ثلاثة أرباع دينار فقول ابن القاسم مبنى على ما اختاره من ان التحالف يثبت بينهما ما لم تفت السلعة بيد المبتاع ولم يقبض البائع الثمن ووجه رواية ابن حبيب ان البيع ثبت فى مكيل أو موزون فلم يثبت فيه حكم التحالف والتفاسخ ولو ثبت فيه حكم التحالف والتفاسخ بسبب ذلك فى السلم قبل القبض وعند حلول الاجل ولكن لحلول الاجل وقبض الثمن تأثير فيجعل القول قول الغارم مع يمينه (فرع) فاذا قلنا بقول ابن القاسم يتحالفان ويترادان فمن ذا الذى يبدأ بيمينه روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم يحلف المبتاع انه اشترى منه ستة أرادب بدينار ثم يحلف البائع أنه ما باعه الا خمسة ثم المبتاع مخير بين أخذ خمسة أو الفسخ ولو قبض البائع دينارا ودفع خمسة أرادب ثم اختلفا قبل التفرق وقال البائع بعتك بالدينار الذى قبضته الخمسة الارادب التى دفعت اليك وقال المبتاع بل ابتعت منك به ستة أرادب فقد روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم فى العتبية البائع مصدق مع يمينه بقبضه الدينار وأنكر هذا يحيى بن عمر وكأنه يرى انهما يتحالفان ما لم يفترقا ولم تفت ووجه قول ابن القاسم ان الدينار لما كان

لايتعين على البائع رده ثبت انه قد تعلق بذمته فصار مادفعه اليه البائع قد تعلق بذمته فكان ذلك فوتا في بيعهما وأيضا فانه لما كان القبض يجعل القول قول البائع كان الاعتبار بقبض الدينار دون تفرق المتبايعين ووجه قول يحيي بن عمر أن اختلاف المتبايعين على أصل ابن القاسم يوجب التحالف والفسخ مالم يفترقا بعد القبض وهذا ان لم يفترقا بعد القبض ولاغاب أحدهما على ماقبضه من الآخر فيجب أن يكون ذلك حكمهما (مسئلة) ولو قبض المبتاع خمسة أرادب ولم يدفع الدينار فقد روى يحيي بن يحيي يلزمه خمسة أسداس دينار بعد أيمانهما وينفسخ البيع في سدس دينار وروى ابن حبيب عن مطرف عن مالك ان القول قول المبتاع وجه قول ابن القاسم انه لما كان المكيل والموزون مما يغاب عليه ولا يعرف بعينه كان قبضه فوتا فيصدق كل واحد منهما فيما عليه فيحلف البائع انه لم يبق عليه شئ من الطعام وان ذلك جميع ماباعه منه ثم يحلف المبتاع انه ماابتاع منه الاستة أرادب بدينار فيجب للخمسة أرادب من ذلك خمسة أسداس دينار ويسقط عنه الباقي لأنه باق في ذمته (مسئلة) ولو قبض البائع الدينار فقد روى ابن حبيب عن مطرف عن مالك اذا قبض البائع الدينار فهو مصدق بيمينه قبض المبتاع الطعام أولم يقبضه ووجه ذلك ان البائع الذى قبض الدينار وكان ذلك يعني فواته لتعلقه بذمته فالقول قوله فان كان قد قبض المبتاع الطعام فانما يدعى عليه زيادة على ذلك فالقول قول المبتاع وان كان لم يقبضه فانما يدعى المبتاع زيادة على ما أقر به وقد تقدم من قول يحيي بن عمر انكاره هذا واختياره ان يتحالفا (فرق) فاذا قلنا ان القول قول البائع اذا قبض الثمن فالفرق بينه وبين السلم أنه قد قال اذا أسلم اليه في طعام الى أجل فقال المبتاع سلمت اليك مائة دينار في مائة أردب وقال البائع بل سلمت الى مائة دينار في خمسين أردب حنطة فقد روى ابن القاسم عن مالك وهو قول ابن القاسم ان كان ذلك بقرب تبايعهما تحالفا وترادا وان طال ذلك فالقول قول من عليه السلم مع يمينه اذا أتى بما يشبه فان أتى بما لايشبه حملا على سلم الناس فالفرق بين مسئلة النقد ومسئلة السلم ان في مسئلة السلم يستحق القبض كما يستحق ذلك في السلم عند حلول الاجل فاستويا وأما قبل حلول الاجل وقبل تغير الاسواق فلا يستحق على البائع تسليم الطعام فلذلك لم يكن القول قوله ويثبت بينهما حكم التحالف والتفاسخ (فرق) وفرق بين المكيل والموزون وبين المعين من غيرهما ان المكيل والموزون لايعرف بعينه واذا غيب عليه تعلق بالذمة والثياب والحيوان تعرف باعيانها فالم يتعلق بالذمة لفوات يلحقها لم يكن القول قول بائعها يدل على ذلك انه اذا أسلم فيها لما كانت غير معينة وكانت متعلقة بذمة من باعها حكمنا في ذلك كله حكم المكيل والموزون والله أعلم وأحكم

﴿ ماجاء في الربا في الدين ﴾

* حدثني يحي عن مالك عن أبي الزناد عن بسر بن سعيد عن عبيد أبي صالح مولى السفاح انه قال بعت بزالي من أهل دار نخلة الى أجل ثم أردت الخروج الى الكوفة فعرضوا على أن أضع عنهم من الثمن وينقدوني فسألت عن ذلك زيد بن ثابت فقال لا آمرك أن تأكل هذا ولا تؤكله * وحدثني عن مالك عن عثمان بن حفص بن خلدة عن ابن شهاب عن سالم بن عبدالله عن عبد الله بن عمر أنه سئل عن الرجل يكون له الدين على الرجل الى أجل فيضع عنه صاحب الحق ويعجله الآخر فكره ذلك عبدالله بن عمر ونهى عنه

﴿ ماجاء في الربا في الدين ﴾

ص ﴿ مالك عن أبي الزناد عن بسر بن سعيد عن عبيد أبي صالح مولى السفاح أنه قال بعت بزا لي من أهل دار نخلة الى أجل ثم أردت الخروج الى الكوفة فعرضوا على أن أضع عنهم من الثمن وينقدوني فسألت عن ذلك زيد بن ثابت فقال لا آمرك أن تأخذ هذا ولاتؤكله * قال مالك عن عثمان بن حفص بن خلدة عن ابن شهاب عن سالم بن عبدالله عن عبدالله بن عمر انه سئل عن الرجل يكون له الدين على الرجل الى أجل فيضع عنه صاحب الحق ويعجله الآخر فكره ذلك عبدالله بن عمر ونهى عنه ﴾ ش قوله ان أهل دار نخلة عرضوا عليه قبل أن يحل أجل دينه أن يضع عنهم

* وحدثنى عن مالك عن زيد بن أسلم انه قال كان الربا فى الجاهلية أن يكون للرجل على الرجل الحق الى أجل فاذا حل الأجل قال أتقضى أم تربى فان قضى أخذ والا زاده فى حقه وأخر عنه فى الأجل * قال مالك والأمر المكروه الذى لااختلاف فيه عندنا أن يكون للرجل على الرجل الدين الى أجل فيضع عنه الطالب ويعجله المطلوب وذلك عندنا بمنزلة الذى يؤخر دينه بعد محله عن غريمه و يزيده الغريم فى حقه قال فهذا الربا بعينه لاشك فيه * قال مالك فى الرجل يكون له على الرجل مائة دينار الى أجل فاذا حلت قال له الذى عليه الدين بعنى سلعة يكون ثمنها مائة دينار نقدا بمائة وخمسين الى أجل هذا بيع لايصلح ولم يزل أهل العلم ينهون عنه * قال مالك وانما كره ذلك لانه انما

وينقده يريد والله أعلم ان ينقده جنس ماله عليهم وذلك مثل أن يكون له عليهم مائة دينار مؤجلة فيدفعون اليه قبل الأجل خمسين دينارا او يحط عنهم خمسين فسأل عن ذلك زيد بن ثابت فقال لا آمرك أن تأكله ولا تؤكله يريد تطعمه غيرك ومعنى ذلك تحريمه لانه لا يمنعه من ان يأكله ويؤكله مع كونه مباحا وبه قال ابن عمر وعليه جمهور الفقهاء وأجازه النخعى وزفر واختلفت الرواية عن ابن المسيب فى ذلك وأصحها المنع ودليلنا على تحريمه انهم اشتروا منه المائة المؤجلة بخمسين معجلة وذلك غير جائز لوجهين التفاضل والنساء فى الجنس الواحد من العين ويدخله سلف لعوض لانهم أسلفوه خمسين يقبضها من نفسه عند الأجل على أن يسقط عنهم خمسين (مسئلة) وأما اذا أخذ منه قبل الأجل من غير جنسه ماقيمته أقل مماله عليه ولا يخلو أن يكون مما لا يجوز أن يدخل الأجل بينه وبين الدنانير أو مما يجوز ذلك فان كان مما لا يجوز ذلك كالدراهم فلا يجوز أن يأخذ منهم قبل الأجل بدنانير دراهم مثل قيمتها ولا أقل ولا أكثر لان هذا ورق بذهب الى أجل وقد روى عنه صلى الله عليه وسلم الذهب بالورق ربا الاهاء وهاء (مسئلة) وان كان مما يجوز ذلك فيه مثل أن يأخذ منه بدنانير قبل الأجل عروضا معجلة تكون قمتها أقل من دنانيره أو مثل ذلك أو أكثر فلا بأس فى ذلك لان مآل أمره الى شراء عرض بدنانير مؤجلة ولا خلاف فى جوازه ص

﴿ مالك عن زيد بن أسلم أنه قال كان الربا فى الجاهلية أن يكون للرجل على الرجل الحق الى أجل فاذا حل الأجل قال أتقضى أم تربى فان قضى أخذ والا زاده فى حقه وأخر عنه فى الأجل * قال مالك والأمر المكروه الذى لا اختلاف فيه عندنا أن يكون للرجل على الرجل الدين الى أجل فيضع عنه الطالب ويعجله المطلوب قال وذلك عندنا بمنزلة الذى يؤخر دينه بعد محله عن غريمه ويزيده الغريم فى حقه قال فهذا الربا بعينه لاشك فيه ﴾ ش قول زيد بن أسلم ان ربا الجاهلية كان أن يقول الذى له الدين عند أجله للذى عليه الدين أتقضى أم تربى يريد يزيد فى الدين فان اختار ان يزيده فى الدين ليزيده فى الأجل فعل وهذا مما لا خلاف بين المسلمين فى تحريمه وقد قيل ان قول الله تعالى اتقوا الله وذروا ما بقى من الربا ان كنتم مؤمنين فان لم تفعلوا فأذنوا بحرب من الله ورسوله وان تبتم فلكم رؤس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة نزلت فى هذا والله أعلم ومن جهة المعنى انه سلف لنفع لانه يؤخره على أن يزيده فى دينه وذلك مما اتفق على تحريمه كما لو أعطاه عشرة دنانير فى عشرين الى أجل

(فصل) وقول مالك ان الذى يضع من دينه و يتعجله قبل أجله بمنزلة الذى يؤخره بعد محل أجله و يزيده يريد ان معناهما العوض للزيادة لان الذى وضع قبل أجله سلف على أن وضع والذى أخر للزيادة أسلف على ان زاد فهو تأخير لعوض والله أعلم وقد يفترقان فيما قدمناه من ان الذى لم يحل أجله يجوز أن يأخذ من غير جنس دينه معجلا ماقيمته أقل من قيمة دينه والذى يؤخر بعد الأجل لا يجوز أن يؤخره على أن ينقله الى غير جنسه سواء كان فى مثل قيمته أو أقل أو أكثر لان الذى يتعجل قبل الأجل من غير جنسه تبرأ الذمتان و يتنجز ما بينهما والذى يتوخر بعد الأجل و ينقل دينه الى غير جنسه تبقى ذمة الذى عليه الحق مشغولة و ينتقل ما يشتغل به الى غير الجنس الأول فيصير فسخ دين فى دين وذلك غير جائز على ما تقدم ص ﴿ قال مالك فى الرجل يكون له على الرجل مائة دينار الى أجل فاذا حلت قال له الذى عليه الدين بعنى سلعة يكون ثمنها مائة دينار نقدا بمائة وخمسين الى أجل قال مالك هذا بيع لا يصلح ولم يزل أهل العلم ينهون عنه * قال مالك وانما كره ذلك لانه انما

يعطيه ثمن ماباعه بعينه ويؤخر عنه المائة الأولى الى الأجل الذى ذكرله آخر مرة ويزداد عليه خمسين دينارا فى تأخيره عنه فهذا مكروه ولا يصلح وهو أيضا يشبه حديث زيد بن أسلم فى بيع أهل الجاهلية انهم كانوا اذا حلت ديونهم قال للذى عليه الدين اما أن تقضى واما أن تربى فان قضى أخذوا والا زادوهم فى حقوقهم وزادوهم فى الأجل * ش وهذا على ماقال لان من كان له على رجل مائة دينار الى أجل فاشترى منه عند الأجل سلعة تساوى مائة دينار بمائة وخمسين فقضاه دينه الاول وانما قضاه ثمن سلعته وزاد خمسين دينارا فى دينه لتأخيره به عن أجله فهذا يشبه ماتضمنه حديث زيد بن أسلم من بيوع الجاهلية فى زيادتهم فى الديون عند انقضاء أجلها ليؤخروا بها ويدخله أيضا بيع وسلف لأنه انما ابتاع منه هذه السلعة بمائة معجلة وخمسين مؤجلة ليؤخره بالمائة التى حلت له عليه ووجوه الفساد فى هذا كثيرة جدا (مسئلة) فان وقع هذا البيع ففى المدنية عن مالك أنه قال يفسخ البيع فى هذه السلعة التى باعه اياها بمائة وخمسين فان فاتت رددتها الى قيمتها نقدا وفسخت البيع الأول وروى يحيى بن يحيى عن ابن نافع مثله ووجه ذلك ان هذا البيع قد دخله ماقدمناه من وجوه الفساد فوجب فسخه مالم يفت فان فات رد الى القيمة وكانا على أجلهما فى الدين الأول والله أعلم ومعنى قوله فسخت البيع الاول يريد الذى انعقد فى السلعة بمائة وخمسين والله أعلم

* جامع الدين والحول *

ص * مالك عن أبى الزناد عن الأعرج عن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال مطل الغنى ظلم واذا أتبع أحدكم على ملىء فليتبع * ش قوله مطل الغنى ظلم المطل هو منع قضاء ما استحق عليه قضاؤه فلا يكون منع مالم يحل أجله من الديون مطلا وانما يكون مطلا بعد حلول أجله وتأخر مايبيع على النقد عن الوقت المعتاد فى ذلك على وجه ماجرى عليه عادة الناس من القضاء فقد جاء التشديد فيه

(فصل) وقوله مطل الغنى ظلم ووصفه بالظلم اذا كان غنيا خاصة ولم يصفه بذلك مع العسر وقد قال الله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة واذا كان غنيا فمطل بما استحق عليه تسليمه فقد ظلم وقد قال أصبغ وسحنون وترد بذلك شهادته لان النبى صلى الله عليه وسلم سماه ظالما وقد روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال لى الواجد يحل عرضه وعقوبته فعرضه التظلم منه بقول مطلنى وظلمنى وقال بعض العلماء فى قول النبى صلى الله عليه وسلم وعقوبته سجنه حتى يؤدى

(فصل) وقوله اذا أتبع أحدكم على ملىء فليتبع معناه والله أعلم الحواله وقد قال القاضى أبو محمد ان الأصل بالحواله قوله صلى الله عليه وسلم واذا أتبع أحدكم على ملىء فليتبع والحواله أن يكون للرجل على الرجل الدين والذى عليه الدين على أجل آخر مثله فيحيل به غريمه على الذى عليه مثله وقد قال الشيخ أبو محمد فى قوله فليتبع انه على الندب ويحتمل ذلك قول القاضى أبى محمد لانه معروف وقال ان الحواله استثنيت من الدين كما استثنيت العرية وبيع الرطب بالتمر * قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه والصحيح فى الحوالة عندى ان الحواله ليست من باب الدين بالدين اذا علمنا انها لا تصح الا من دين ثابت للمحيل على المحال عليه وذلك ان المحيل تبرأ ذمته بنفس الاحاله فهى من باب النقد ومعنى الحواله عندى أن تكون على الاباحة وان الذى له الدين بالخيار بين أن يستحيل على غريم غريمه وبين أن يطلب غريمه ويقول له اقضنى حقى وشأنك بصاحبك وقال أهل الظاهر انه

يعطيه ثمن ماباعه بعينه ويؤخر عنه المائة الاولى الى الاجل الذى ذكرله آخر مرة ويزداد عليه خمسين دينارا فى تأخيره عنه فهذا مكروه ولا يصلح وهو أيضا يشبه حديث زيد بن أسلم فى بيع أهل الجاهلية انهم كانوا اذا حلت ديونهم قالوا للذى عليه الدين اما أن تقضى واما أن تربى فان قضى أخذوا والا زادوهم فى حقوقهم وزادوهم فى الاجل

* جامع الدين والحول *

* حدثنا يحيى عن مالك عن أبى الزناد عن الاعرج عن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال مطل الغنى ظلم واذا أتبع أحدكم على ملىء فليتبع

يلزمه الاستحالة والدليل على صحة مانقوله ان هذا نقل حق من ذمة الى ذمة فلم يجب ذلك بالشرع أصل ذلك اذا لم يكن له عليه شئ (مسئلة) وان شاء المحال أن يستحيل بحقه لم يعتبر فى ذلك برضا المحال عليه ذكر ذلك القاضى أبو محمد عن جمهور الفقهاء وقال داود لاتصح حوالته الا برضا من عليه الدين والدليل على مانقوله قول النبى صلى الله عليه وسلم واذا أتبع أحدكم على ملىء فليتبع ولا بد أن يكون معناه الأمر أو الاباحة ولم يشرط فى ذلك رضا الذى عليه الحق وانما شرط فى ذلك رضا المحيل لانه هو الذى يتبع من له عليه الدين على من له هو عليه مثله ومن جهة المعنى انها استنابة من يقضى هذا الحق كالوكيل (مسئلة) ولو شرط المستحيل على المحيل انه ان أفلس المحال عليه أو نقص رجع عليه فهو حول ثابت وله شرطه ان أفلس رواه سحنون عن المغيرة فى العتبية ووجه ذلك ان الحواله صحيحة وقد شرط فيها سلامة ذمته وله شرطه (مسئله) ومن شرط هذه الحواله أن يكون للمحيل على المحال عليه مثل ما أحال به قال القاضى أبو محمد لان حقيقة الحوالة بيع الدين الذى للمحال بالدين الذى للمحيل ويحول الحق من ذمة الى ذمة وذلك يقتضى أن يكون هناك دين تحصل المعاوضة به هذا مذهب مالك وجمهور أصحابه غير ابن الماجشون فان الحواله تصح عنده وان لم يكن للمحيل على المحال عليه شئ اذا كانت بلفظ الحواله ووجه ذلك أن التزامه للحواله يثبت حق المحال فى ذمته وتبرأ ذمة المحيل ويلزمه على قوله أن يعتبر فى هذه الحواله رضا المحال عليه والله أعلم * قال القاضى أبو الوليد والأظهر فى هذا انه اذا لم يكن للمحيل على المحال عليه مثل ما عليه للمحال فهو من الدين بالدين أو من باب الضمان والكفالة والدين بالدين محرم وذلك ان المحال يبيع من المحال عليه دينه على المحيل بدين يثبته فى ذمته وتبقى ذمة المحيل والمحال عليه مشغولتين وكل واحد من الدينين عوض عن الآخر وذلك لا يجوز فلذلك لم يصح أن يكون له حكم الحواله ولزم أن يحمل على حكم الضمان والكفالة الذى طريقه المعروف ولا يشغل ذمة الضامن ما على المضمون الا على وجه القرض والرفق لا على وجه المعاوضة وأما الحواله فليست من باب الدين بالدين اذا قلنا انها لا تصح الا من دين ثابت للمحيل على المحال عليه وذلك ان المحيل تبرأ ذمته بنفس الاحالة والله أعلم وما احتج ابن الماجشون فى ذلك بان الحواله تبرم وان لم تكن من أصل دين كما لو قال بع منه وبك وثمن على فهذا مثله كأنه قال اعطه من مالك كذا وهو لك على وهذا أيضا ليس من باب الحوالة وانما هو من باب حمل الثمن عنه والله أعلم (مسئله) واذا كان ذلك على ماذكرناه برئت ذمة المحيل من دين المحال ولم يكن له عليه رجوع وان مات المحال عليه مفلسا وبه قال الشافعى وقال أبو حنيفة يرجع على المحيل وان مات المحال عليه مفلسا أو جحد الحق والدليل على ما نقوله ما احتج به من قول النبى صلى الله عليه وسلم واذا أتبع أحدكم على ملىء فليتبع شرط الملاءة فى اخره وذلك يقتضى انه لا رجوع على المحيل ولو كان للمحال عليه رجوع لما كان لشرط الملاءة معنى لانه لا يخاف بعد ذمته افلاسه ودليلنا من جهة المعنى أن هذه حواله برئت ذمة المحيل بها فلم يكن للمحال رجوع على المحيل أصل ذلك اذا لم يتغير حاله (مسئله) ولو أحاله بثمن سلعة باعها على المشترى وثبو [illegible] ثم استحقت السلعة أو ردت بعيب فقد روى ابن المواز عن ابن القاسم الحول ثابت عليه يؤدى ويرجع به المحيل على البائع منه قال وبلغنى عن مالك وقال أشهب الحول ساقط ويرجع المحال على المحيل ولو كان قد قبض ما احتال به لرجع عليه من دفعه اليه ووجه قول مالك وابن القاسم ان الحواله عقد لازم فلا ينقض فى حق المحال باستحقاق سلعة لم يعاوض بها ونقضه ووجه قول

أشهب ان الحوالة عقد ثبت بين المحيل والمحال ومن شرطها أن يكون للمحيل مثل ذلك على المحال عليه فاذا استحقت السلعة التي ثبت فيها الحق عليه وجب أن يبطل ولم ينعقد بين المحال والمحال عليه عقد يلزم لانه لايعتبر رضى المحال عليه وانما يقبض المحال ما كان للمحيل فباستحقاق السلعة المبيعة يستحق المحال عليه على المحيل رد ما دفعه اليه أو تبرأ ذمته منه ان كان لم يدفعه واذا لم يعتبر رضى المحال عليه فان دفعه الى المحال دفعه الى المحيل ولو استحقت السلعة لم يستحق عليه المحيل بقبض ثمنها فكذلك من يدفعه اليه بسببه قال ابن المواز هذا أحب الى " وهو قول أصحاب مالك كلهم وذلك بمنزلة مالو بيع على مفلس أو ميت متاعه وقبض غرماؤه من متولى البيع أو المشترى لحوالتهم عليه ثم استحق ما بيع رجع المشترى بالثمن على من قبضه (فرع) ولو باع عبدا بمائة فتصدق بها على رجل وأحاله بها وأشهد له بذلك ثم استحق العبد أو رد بعيب فقد روى أصبغ وابن زيد عن ابن القاسم فى العتبية انه ان قبض المتصدق عليه الثمن وفات عنده لم يرجع عليه بشئ ويرجع المشترى على البائع كما لو قبضها المتصدق ثم تصدق بها ولم تفت بيد المعطى أخذها منه المشترى ولا شئ للمعطى (مسئلة) ولو غر المحيل المحال من حال المحال عليه وقد علم بافلاسه كان للمحال الرجوع عليه خلافا للشافعى والدليل على ما نقوله قول النبى صلى الله عليه وسلم واذا اتبع أحدكم على ملى ءفليتبع فشرط الملاءة وهذا غير ملى ء ولان افلاس الغريم عيب فيما تعلق بذمته فاذا دلس به المحيل كان له الرجوع عليه كسائر العيوب (فرع) وهذا ان علم انه قد غره فى الدين أو غير ذلك فان جهل أمر المحيل فى ذلك فقد قيل لمالك فعلى الغريم شئ قال ينظر القاضى فيه فان كان يتهم فى ذلك أحلفه ومعنى ذلك انه ان كان ممن يظن به انه يرضى بمثل هذا احلف انه ما علم منه ما يغره به (فرق) والفرق بين فلس المحال عليه وبين سائر العيوب التى ترد بها السلع المعيبة وان لم يعلم بها البائع من ثلاثة أوجه أحدها ان العيب فى السلعة المبيعة انما هو عيب فى نفس العوض وفلس المحال عليه انما هو عيب فى محل العوض لا فى نفس العوض والثانى ان الحوالة انما هى بمنزلة بيع البراءة فلا يرجع من العيوب الا بما علمه البائع وعلى هذا التوجيه تجب اليمين على المحيل انه ما علم بفلسه ولا غر به على الظاهر من مذهب مالك وعلى رواية يحيى بن يحيى عن ابن القاسم فى بيع البراءة لا يجب عليه يمين الا أن يدعى ذلك المحال والوجه الثالث ان الذمم مما ظاهرها انها لا تعلم فصارت كالمبيع الذى لا يعلم باطنه لا يرد بالعيب الا أن يعلم ان البائع دلس به فعلى هذا لا يمين على المحيل اذا لم يثبت انه علم بالفلس فيرجع المحال عليه أو يتهم بذلك فيحلف ولعله معنى قول مالك قبل هذا (مسئلة) واذا كانت الحوالة على من لا دين عليه وقلنا بقول مالك فان كانت بسبب عقد فانها تلزم عند مالك وأصحابه وذلك مثل أن يقول الرجل للرجل بع من فلان سلعتك هذه وعلى حقك وقال الآخر لفلان اعمل عمل كذا وحقك على وفى الواضحة من تحمل عن ناكح صداقه فى عقد نكاحه فهو له لازم فى حياته وبعد مماته قاله ابن القاسم فى الواضحة وقال فى المدونة ان ذلك له عند مالك (مسئلة) وأما اذا لم ينعقد بسببه عقد ولم يكن للمحيل على المحال عليه شئ فهى على الاطلاق حمالة عند جميع أصحابنا سواء كانت بلفظ الحوالة أو الحمالة الا ما قاله ابن الماجشون انها اذا كانت بلفظ الحوالة فلها حكم الحوالة وان لم تكن بلفظ الحوالة فهى حمالة فان مات المحال عليه مفلسا أو فلس فى حياته ففى كتاب محمد عن ابن القاسم فمن أحال رجلا على رجل ليس له عليه دين وشرط انى برئ بذلك وشق صحيفته قال ذلك لازم له وله شرطه قال محمد الا ان أفلس المحال عليه قبل أن يقضى المحال فان المحال يرجع على المحيل لان

المحال عليه لو قضاه لرجع بما قضاه على المحيل ورواه أشهب عن مالك والذى فى المدونة عن ابن القاسم انه ان لم يكن للمحيل على المحال عليه شئ وشرط فى الحوالة انه برىء من المال وقال الذى له الحق أحلني عليه وأنت برىء من المال فانه ان علم المحال انه لاشئ له عليه فرضى بالحوالة وأبرأ المحيل لم يكن له أن يرجع عليه وأخذ باقراره وان لم يعلم فله الرجوع بأثر ذلك وروى ابن وهب عن مالك فيمن قال لرجل أنا لك بمالك قبل فلان نخرق ذكر الحق عليه واطلبني دونه ولم تكن حوالة من دين كان للغريم على القايل فاشهد الرجل بذلك عليه وشق الصحيفة وطلبه بذلك الحق حتى أفلس أومات مفلسا فانه يرجع على غريمه لان المتحمل وعد الغريم أن يسلفه ولا يثبت له ذلك على الغريم حتى يقضي عنه فقد اتفق قول أصحابنا ورواياتهم عن مالك غير ابن الماجشون على أن له الرجوع فى الفلس فرواية ابن المواز عن ابن القاسم موافقة لذلك وقوله فى المدونة ظاهره خلاف هذا ان المسئلة اذا علم المحال وأبرأ حكم الحوالة المحضة وانه لايرجع ولم يذكر فلسا ويحتمل أن يكون قوله مخالفا لما تقدم من قول غيره ويحتمل أن يكون موافقا لهم وانه أطلق اللفظ فى المدونة وقيده فى الموازية (مسئلة) فاذا قلنا بقول مالك وجمهور أصحابه أنه يرجع فى الفلس فهل له الرجوع مع اليسار روى أشهب عن مالك ليس له الرجوع على المحيل مالم يفلس أويمت المحال عليه وروى عيسى عن ابن القاسم فى الذى يقول للرجل على حقك ودع صاحبك لاتكلمه فان الحق على فان كان المحيل مليأ فالمحال بالخيار بينه وبين المحيل وجه رواية أشهب عن مالك انه قد أبرأ المحال المحيل من دينه بشرط أن يقبضه من المحال عليه فلارجوع له على المحيل الا أن يتعذر قبضه ممن يضمن دفعه اليه فيرجع عليه لانه لم يتعلق دينه بذمة المحال عليه تعلقا من أجل معاوضة وانما تعلق بها تعلقا من جهة مكارمة فلم يلزمه بالفلس ولا بالموت ولزمته مع اليسار مدة الخيار ووجه رواية عيسى عن ابن القاسم انها على وجه الحمالة لانه لم يوجد منه ابراء فى انتقاله الى مطالبة المحال عليه وانما وجد منه ما يقتضي الاستيثاق من حقه والكف عن مطالبته مع بقاء حقه عليه لانه لم ينقله الى مستحق عليه وانما تعلق حقه بمكارم فكان له أن يطالب من عليه الحق مالم يوجد الاستيفاء من غيره (مسئلة) واذا علم بين الطالب والغريم مقابحة ومعاداة وامتناع بسلطان فقال الطالب لمن استحال عليه لا أطلب به غريمًا وحقي عليك ففى كتاب ابن حبيب من رواية مطرف عن مالك الشرط جائز وحقه عليه حضر الغريم أوغاب فى عدمه وملائه الا أن يشاء أن يرجع الى غريمه رواه ابن القاسم عن مالك وقاله أصبغ وابن عبد الحكم قالا وكان ابن القاسم انما يقوله فى القبيح المطالبة أوذى السلطان ونحن نراه فى كل أحد اذا بين وحقق وقال ابن الماجشون الشرط باطل وهى حمالة لايطالبه الا فى غيبة الغريم أوعدمه حتى يسمى الحوالة وجه رواية مطرف وابن القاسم عن مالك انه أمر لازم للمحيل لأنه التزم أن يأخذه بحقه دون الغريم ووجه قول ابن الماجشون ان هذا الشرط لايلزم الا اذا أسقط الخيار فى الرجوع على الغريم ويثبت لما عقد له حكم الحوالة بالتلفظ بها (مسئلة) ولو أن الغريم ذهب بصاحب الحق الى غريم له فأمره بالأخذ منه وأمر الغريم بالدفع اليه فيقضيه البعض أولا يقضيه شيأ وقد تقاضاه فقد روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم ان للطالب الرجوع على الاول لان هذا ليس باحتيال ويقول انما أردت أن أكفيك التقاضي وانما وجه الحق أن يقول أحيلك بحقك على هذا أوأبرأ اليك بذلك (مسئلة) ولو أحلت رجلا على غريم بدين له عليك ثم تبين أنه ليس لك عليه الا بعض ما أحلته به ففى العتبية من

سماع ابن القاسم ان قابل مالك عليه فهو حول وهو في الباقي حميل ووجه ذلك ما قدمناه (مسئلة) ومن شرط ذلك أن يكون الدين قبل الحوالة فلو أحلته ولا شيء لك على المحال ثم قضيت المحال عليه ثم فلس أو مات كان له الرجوع عليك وان تلت كانت حمالة ثم صارت حولا ففي كتاب ابن المواز عن ابن القاسم له الرجوع على المحيل ثم يرجع المحيل على المحال عليه بما دفع اليه ووجه ذلك انه لما كان عقد الحوالة معناه الحمالة ثم دفع المحيل الى المحال عليه ما لا يؤديه عنه بسبب تلك الحمالة وهذا لا ينتقل بما عقداه الى الحوالة ولا يخرجه عن مقتضاه (مسئلة) ويجوز أن يستحيل من معجل على معجل ومؤجل ولا يجوز أن يستحيل من مؤجل على معجل ولا مؤجل ووجه ذلك انه اذا كان دينه قد حل فاستحال منه على معجل أو مؤجل فانه جائز لانه في المعجل بالمعجل حوالة جائزة وقد ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم واذا اتبع أحدكم على ملىء فليتبع واذا استحال منه على مؤجل فهو معروف منه محض لان له أن يتعجل حقه من المحيل أو المحال عليه ان أفلس المحيل فليس فيه غير مجرد المعروف واذا كان دينه مؤجلا لم تكن له المطالبة به واذا أحيل منه على دين معجل فهو من ضع وتعجل واذا أحيل به على دين معجل فهو من حط عني الضمان وأزيدك والدين وان كان عينا فليس بحقيقة العين لانه متعلق بالذمم والذمم لا تتماثل ولو كان لها حكم العين لما جازت الحوالة الا مع التقابض في المجلس فهو كمن أخذ بدينه قبل حلول أجله من جنسه ما هو أقل أو أكثر أو أجود أو أردأ لتعذر تماثل الذمم ومثل هذا يجوز عند الأ . ل من جنس دينه أقل منه أو أكثر أو أدنى أو أعلى ص

وحدثني مالك عن موسى ابن ميسرة أنه سمع رجلا يسأل سعيد بن المسيب فقال اني رجل أبيع بالدين فقال سعيد لا تبع الا ما آويت الى رحلك

﴿ مالك عن موسى بن ميسرة أنه سمع رجلا يسأل سعيد بن المسيب فقال اني رجل أبيع بالدين فقال سعيد لا تبع الا ما آويت الى رحلك ﴾ ش قوله للرجل لا تبع الا ما آويت الى رحلك يريد ما قد قبضته وصار عندك ومعنى ذلك ان هذا الرجل قد أقر أنه ممن يداين الناس ويبيع منهم بالدين فنهاه عن أن يبيع منهم ما لم يملكه بعد أو ما يشتريه بعد موافقة المبتاع منه على بيعه منه بثمن يتفقان عليه فيشتريه من أجل ذلك وربما لم يستتم قبضه من بائعه منه ويولي قبضه المبتاع ممن باعه من هذا السائل لانه له اشتراه فيكون كأنه أسلفه ثمنه الذي ابتاعه به في ثمنه الذي باعه به منه وهو أكثر منه فقال له سعيد لا تبع اني كنت من أهل هذا الصنف وعرفت بمثل هذه الحال من التجارة الا ما قد تقدم ابتياعك له وصح ملكك له وتم ذلك بالقبض له فان ذلك أبعد من الذريعة التي يخاف عليك موافعتها وتعلق تبايعك بها ولا تعلق لشيء من ذلك ببيعك ما تقدم ملكك له وقبضك اياه والله أعلم (مسئلة) اذا ثبت ذلك فلا يخلو أن يكون البيع الأول والثاني بالنقد أو يكونان على التأجيل أو يكون الأول بالنقد والثاني بأجل أو يكون الاول بالأجل والثاني بالنقد فان كانا جميعا بالنقد فلا يخلو أن يقول له اشتر هذا الثوب ولا يعين لمن يشتريه أو يقول اشتره لي أو يقول اشتره لنفسك فان قال اشتر هذا الثوب بعشرة وهو لي بأحد عشر ففي كتاب محمد يكره هذا وليس هذا من بيوع الناس وقال محمد ان كان بالنقد كله وهما حاضران فذلك جائز وان دخله تأخير دخلته الزيادة في السلف ووجه قول مالك انه لما كان هذا اللفظ يستعمل على وجه الابتياع وقوله وهو لي بأحد عشر وجمع ذلك كله فجعله من البيع كره ذلك ... لان معناه ابتاعه لنفسه بعشرة ثم يبيعه منه بأحد عشر فهو بيع ما ليس عنده وكذلك قال ابن حبيب في الذي يقول له اشتر سلعة كذا وأنا أربحك فيها كذا أو أنا أربحك فيها ولا يسمي شيأ فلا يجوز لانه كراء ينبغي ان المأمور ... لنفسه ولو قال اشتره بعشرة ولك دينار قال مالك ذلك جائز وهو من الآمر لانه جعل الدينار جعلا للمأمور ولما لم يكن في

اللفظ ما يمنع ذلك بظاهره ولا بصريحه ووجه قول ابن المواز مراعاة المعنى دون اللفظ لفقد التمييز اذا كان البيعان بالنقد (فرع) فاذا قلنا انه لا يجوز فيجب فسخ البيع الثانى (مسئلة) ولو قال له ابتع لى هذا الثوب وأنا أبتاعه منك بربح كذا فى كتاب محمد عن مالك ذلك جائز وهو جعل ولا خير فيه الى أجل وقول العتبية عن مالك فمن قال لرجل ابتع لى هذه السلعة بعشرة وهى لى باثنى عشر فان استوجبها الآمر والثمن نقدا فلا بأس بذلك والزيادة على العشرة جعل قال ابن القاسم وذلك ان لم ينتقد الثمن من عنده أو نقده بغير شرط فان نقده بشرط رد الى جعل مثله ما لم يكن أكثر من الدرهمين كالبيع والسلف ووجه ذلك انه اذا قال له اشترها فظاهره ملك الآمر لها وان الابتياع له ولما احتمل أن يكون معنى اشترها لى لتبيعها منى شرط فى رواية العتبى عن مالك أن يستوجبها للبائع فيكون ضمانها منه ويكون ما زاده من الدينار بن جعلا للمأمور فى تناول ابتياعها له وشرط أن لا يشترط عليه النقد لانه ان شرط ذلك عليه كان بيعا وسلفا مشترطا (مسئلة) ولو قال اشترها لنفسك بعشرة نقدا وأنا أشتريها منك باثنى عشر نقدا أو الى أجل قال ابن حبيب لا يجوز ذلك ووجه ذلك انه اذا شرط أن يكون المشترى يشتريها لنفسه ثم يبيعها منه لم يحتمل ذلك الجعل وكان يبتاع منه ما ليس عنده وذلك غير جائز بثمن معجل ولا مؤجل (فرع) فان وقع ذلك قال ابن حبيب يفسخ الشراء الثانى لان البائع باعها قبل أن تجب له

(فصل) وان كانت البيعتان الى أجل وذلك أن يقول له ابتع وان كانت البيعة الاولى بالنقد والثانية الى أجل فهذه أشد الوجوه فساد المافى ذلك من العينة وقد قال مالك فى الموازية فمن سأل رجلا أن يبيع منه شيأ فيقول ابتاعه لك فيراوضه على الربح ثم يشتريه فيبيعه منه الى أجل ان هذه هى العينة المكروهة وكذلك لو قال له ابتع لى سلعة كذا وأربحك فيها كذا الى أجل فكأنه دفع ذهبا فى أكثر منها (فرع) فان وقع ذلك ففى العتبية الذى يقول للرجل ابتع لى هذه السلعة بعشرة وهى لى باثنى عشر مؤجلة أنه ان أراد بذلك ايجابها للآمر على أن يتقاضاه منه المأمور ويبيعه منه باثنى عشر ان ذلك يفسخ ما لم تفت فان فاتت لزمت الآمر بعشرة نقدا ويسقط ما زاد لانه ضمنها حين قال له وقال ابن حبيب اذا وقع لزمت السلعة الآمر بعشرة مؤجلة وهى التى نقدها عنه المأمور وله جعل مثله ومعنى ذلك ان هذا استأجره على أن يبتاع له السلعة بدينارين على أن يسلفه المأمور عشرة دنانير الى أجل وقد قال ابن القاسم ان هذه زيادة فى السلعة وقوله ان ذلك يفسخ ما لم تفت السلعة يريد تفسخ الاجارة والسلف فترجع السلعة الى المأمور لان دين البائع فيها لازم فان فاتت السلعة حكم على الآمر بما أسلفه المأمور وذلك عشرة دنانير تعجل لان التأجيل كان بسبب عوض قد بطل ومعنى قول ابن حبيب ان البيع لا يفسخ وان لم تفت السلعة لان عمل الاجارة قد كمل وفات نقض عقد الاجارة فيلزم الآمر السلعة وعليه ثمنها الذى استسلفه وجعل مثل المأمور فى ابتياع بدونها قال ابن المواز (مسئلة) وان قال اشترها بعشرة نقدا وأنا أشتريها منك باثنى عشر دينارا الى سنة فان ذلك أيضا مما لا يجوز قال ابن القاسم فى العتبية فان وقع ذلك لزمت الآمر باثنى عشر الى سنة لان مبتاعها ضمنها قبل أن يبيعها منه وقاله مالك ومعنى ذلك والله أعلم ان لم تظهر لى ذلك الا بعد أن باعها المأمور من الآمر بيعا مستأنفا فكره ذلك لما تقدم فيه من الموعد ولم يفسخ لانه لم يكن بينهما فى ذلك بيع ولذلك قال مالك وأحب الى أن يتورع المأمور من الزائد على العشرة وأما فى الحكم فيقتضى له باثنى عشر وقد قال مالك فى المجموعة من رواية ابن القاسم عنه فى الذى يقول اشتر هذا المبتاع وأنا ابتاعه منك بربح يسميه الى

أجل أن ذلك مكروه ومعنى ذلك ماقدمناه من أن يراعى عدم انبرام العقد ولزومه فان كان على الموعد فهو مكروه ولا ينتقض وان ذكر الربح وسماه وان كان على اللزوم فهو حرام وهو الذى ينقض وقد روى ابن المواز عن مالك فى الذى يقول للرجل اشتر هذا المتاع أبتاعه منك بربح الى أجل ولم يتراوضا على ربح بريد لم يقطعا سوما ثم عاد اليه فباعه منه الى أجل أنه مكروه ولا يفسخه ان نزل فراعى فى هذه الرواية عدم ذكر تقدير الربح وقال ابن حبيب ان قال له اشتر سلعة كذا وأنا أربحك أكثر أو قال أربحك ولم يسم ربحا ان ذلك لا يجوز ويحتمل أن يريد به الكراهية من أجل الموعد فقد كره مالك فى ذلك العادة أو الموعد بأن يقول له ليس عندى ولكن عد الى أشتره لك ولو اشتراه من أجله ثم يبيعه من غير موعد ولا عادة فلا بأس بذلك

(فصل) ولو كان البيع الاول بأجل والثانى بالنقد وهو مثل أن يقول الرجل لآخر ابتع لى هذه السلعة الى أجل بخمسة عشر وأنا أبتاعها منك بنقد بعشرة أو لم يقل لى فقد روى عن مالك انه لا يعجبه ذلك وكرهه ووجه ذلك أن هذا اللفظ يحتمل أن يستعمل فى بيع ماليس عنده وان المبتاع الآخر أقرض الاول عشرة ليدفعها عنه عند الاجل الى بائع السلعة ويزيد من عنده خمسة (فرع) فان وقع ذلك فقد قال محمد ان قال ابتعه لى لزم الآمر ما ابتاع له به ولا يجوز أن يلزمه نفسه بأقل نقدا ولا بأكثر تأخيرا ولو دفع اليه العشرة ليدفع عنه الخمسة عشر الى أجل ردت اليه العشرة وبقيت الخمسة عشر على الآمر الى الاجل لأن قوله اشتره لى يقتضى ملك الآمر لها بنفس العقد ويحتمل ذلك قوله اشترها ولا تقل لى (مسئلة) ولو قال اشترها لنفسك بخمسة عشر مؤجلة وأشتريها منك بعشرة نقدا (١)

ص ✻ قال مالك فى الذى يشترى السلعة من الرجل على أن يوفيه تلك السلعة الى أجل مسمى اما لسوق يرجو نفاقه واما لحاجة فى ذلك الزمن الذى يشترط عليه ثم يخلفه البائع عن ذلك الاجل فيريد المشترى رد تلك السلعة على البائع ان ذلك ليس للمشترى وان البيع لازم له وان البائع لو جاء بتلك السلعة قبل محل الاجل لم يكره المشترى على أخذها ✻ ش وهذا على ما قال فى الذى يشترى السلعة من الرجل يريد بالشراء ههنا السلم فمن أسلم فى سلعة الى أجل مسمى لغرض كان له فيها عند ذلك الاجل فيخلفه البائع عند ذلك الاجل ويأتى بها عند استغناء المسلم عنها فانها تلزم المسلم وليس له ردها لأنها بمنزلة الدين على البائع فاذا أخر الدين عن محله لم تجب بذلك استحالة جنس الدين ولا نقله الى غيره ولا نقض العقد الذى كان سبب ثبوته فى ذمته وقد قال مالك فى الرجل يكترى الدابة ليخرج بها من الغد الى موضع اضطر الى الخروج اليه فيخلف الكرى ويفر بدابته ويكريها من غيره ثم يعود اليه بعد مدة وقد استغنى المكترى عنها أنه ليس له الا ركوب الدابة وعليه الكراء الذى عقد به (مسئلة) ولو رفع المكترى أمره الى الامام وكان اكترى منه راحلة غير معينة اكترى على الكرى راحلة تخرج بها وان كان اكترى منه راحلة معينة لم يكن له أن يكرى عليه راحلة وانما يكون له أن يبقى على الكراء أو ينفذ الى الكرى ان كان قريبا وان كان بعيدا يلحقه الضرر بانتظاره واختار المكترى الفسخ فسخ بينهما لما فى ذلك من الضرر عليه (مسئلة) وهذا اذا كان الكراء لم يتقدر بزمان فان تقدر بزمان فات الكراء بفوات الزمن وان تعلق بقطع مسافة أو بنفس العمل فانه على ضربين أحدهما أن لا يتعلق بزمن معين والثانى أن يتعلق بزمن معين فان كان لا يتعلق بزمن معين كالكراء من مصر الى افريقية أو الشام فهذا لا يفوت بمغيب أحد المتكاريين وان طالت المدة والكراء

✻ قال مالك فى الذى يشترى السلعة من الرجل على أن يوفيه تلك السلعة الى أجل مسمى اما السوق يرجو نفاقه فيه واما الحاجة فى ذلك الزمان الذى اشترط عليه ثم يخلفه البائع عن ذلك الأجل فيريد المشترى رد تلك السلعة على البائع أن ذلك ليس للمشترى وان البيع لازم له وان البائع لو جاء بتلك السلعة قبل محل الأجل لم يكره المشترى على أخذها

بينهما ثابت مالم يفسخه امام على ماتقدم (مسئلة) وأما مايتعلق بابان فعلى ضربين أحدهما يتعلق بابان لا يمكن الا فيه كاكتراء السفن فى البحر والثانى أن يتعلق به على وجه ما من صفة ذلك العمل لا يمكن الا فى ذلك الابان كاكتراء الحاج الى مكة واكترائهم من مكة الى منى وعرفة فأما الضرب الاول فلا خلاف فى المذهب انه يفوت بفوات الابان لا بفوات الوقت المعين وذلك يجرى مجرى السلم فى الرطب ليقبض فى يوم معين من ابان الرطب فانه لا خلاف فى أنه لا يفوت بفوات ذلك اليوم المعين وهل يفوت بفوات الابان وقد تقدم ذكره وأما الضرب الثانى وهو اكتراء الحاج الى مكة ومنى وعرفة والذى نص عليه مالك فى المدونة وغيرها وعليه أكثر أصحابنا ان الكراء ينفسخ لأنه عمل له ابان فوجب أن تنفسخ الاجارة عليه بفوات وقته ككراء السفن وروى ابن المواز عن مالك رواية أخرى أنه ان نقد الكراء فى الحج فاحب الى أن يتأخر الكراء الى عام قابل ولا يؤمر بالرد وان لم ينقد فجاز فسخه ثم رجع مالك فى الحج فقال يفسخ بينهما وقد روى ابن المواز عن ابن القاسم انه مخير ان شاء بقى الى قابل وان شاء فسخ الكراء وجعل ذلك محمد فى قوله بالفسخ كالكراء لأيام معينة * قال القاضى أبو الوليد وعندى انه ليس ذلك من باب التعيين لأن تعيين الايام للكراء انما هى ان يتقدر العمل بها وانما جاز ذلك لما نذكره بعد هذا ان شاء الله * قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه وهذا عندى لا ينفسخ بخروج أول الناس وانما ينفسخ بغيبة المكرى عنه فى وقت يعلم انه ان تأخر عنه فاته الحج على السير المعتاد والله أعلم (مسئلة) ومن سلم فى ضحايا يوفى بها عيد الاضحى فغاب عنه المسلم اليه وأتاه بها بعد فوات الاضحى فقد قال فى بعض الاقوال يبطل السلم وقد اختلف قول مالك وأصحابه فيمن سلم فى الفاكهة الرطبة ففات ابانها قبل قبضها أو قبض بعضها ففى المدونة عن مالك انه كان يقول يتأخر الى ابانه من السنة الثانية ثم رجع عن ذلك فقال لا بأس أن يأخذ بقية رأس ماله ومعنى ذلك والله أعلم أن له أن يؤخر أو يعجل وكذلك رواه ابن حبيب عن مالك قال ابن القاسم ومن طلب التأخير منهما فذلك له الا ان يجتمعا على التعجيل فذلك جائز قال سحنون ليس لواحد منهما الفسخ ومابقى ففى ذمته الى قابل قال أشهب لا يجوز التأخر وليس له الا رأس ماله وقال أشهب من شاء المحاصة فذلك له الا أن يتفقا على التأخير ووجه قول مالك الأول أنه يتأخر الى قابل وهو الذى اختاره سحنون وانه لا يجوز الفسخ لانه عقد قد ثبت بينهما ولزم فى الأعيان فلا ينتقل ما عقدا عليه الى غيرها كما لو أعسر البائع المسلم اليه فيحتمل مسئلة الكراء للحج أن تكون مخالفة لهذه لانها تتوقت بالشرع وهذه لا تتوقت بالشرع وانما تتوقت بالامكان من القضاء ويحتمل أن يخالفها لان العقود على المنافع مخالفة للعقود على الأعيان فيما يتعلق بفوات الابان ولذلك فسخ الكراء بينهما فى المراكب بفوات الابان ولو اشترى منه مركبا أو سلم اليه فيه ففات وقت الانتفاع به لم يكن غيره ووجه الفرق بينهما ان منافع الأعيان يجوز أن يعقد منها على مالم يوجد مما يختص بعين واحدة والاعيان لا يجوز ذلك فيها لان عقودها مبنية على اللزوم على كل حال فلذلك لم يجز للبائع أن يبيع منها شيأ فى ذمته الا ما يعلم انه لا يكاد يعدمه لكثرة جنسه وسعة ما يتعلق به وأما قول أشهب فلا يجوز عنده الا الفسخ والتعجيل ووجه ذلك انه مخير بين أمرين لا يجوز أن يكون أحدهما عوضا للآخر على وجه ما يخير فيه فلم يصح ذلك كما لو اشترى منه ثمرة نخلة من عشر نخلات على أن يختار المبتاع وذلك انه لا يجوز اذا كان له عليه دين أن يعاوضه فى رطب الى عام قابل فلذلك لا يجوز أن يخير بين تأخير دينه وبين ابقاء ثمرته عليه الى

عام قابل ولا يجوز أن يلزم بقاؤها الى عام آخر لما فى ذلك من الضرر على المبتاع بتأخير ماله عليه كما لا يلزمه ذلك فى كراء السفن وقد اتفق ابن القاسم وأصبغ وقول مالك الذى رجع اليه على التخيير بين الأمرين ووجه ذلك انه حق لأحد العاقدين لما فيه من الضرر اللاحق بهما أو بأحدهما فكان كالعيب يجده بالمبيع فله رده وله ابقاؤه ولو اشترى رجل جارية من أعلى الرقيق فتواضعاها ثم اطلع المشترى على عيب بها لكان له الرضا بها وانتظار قبضها اذا انقضت مواضعتها أو ردها الآن معجلا فكذلك فى مسئلتنا مثله وهذا حكم كراء السفن اذا فات ابان جريها لانه لم يجب على من له الحق الفسخ وانما وجب له ذلك (٢) (فرع) واختلف قول القائلين بالتخيير فقال ابن القاسم من شاء التأخير فذلك له وقال أصبغ من شاء التعجيل فذلك له وجه قول ابن القاسم ان الضرر يلحق من أراد التأخير بالتعجيل كما يلحق من أراد التعجيل بالتأخير وقد انعقد سلمهما بعين المسلم فيه فلا يستقلان عنه للضرورة لاتفاقهما عليه لان فى نقلهما عنه مضرة لاحقة لمن كره التعجيل ونقل عين المبيع الى غيره ولانه اذا استوت الضرورة كان البقاء على حكم العقد أولى كما يلزم اذا لم يكن فى احدى الجهتين ضرورة ووجه قول أصبغ ان العقد مبنى على التعجيل فالضرر اللاحق بالتأخير مخرج عن حكم العقد فكانت مراعاته أولى من ضرر لا يخرج عن حكم العقد بل يرد اليه لانا نعلم ان المسلم اليه يلحقه ضرر بتسليم ما عليه من المسلم فيه لا سيما مع ضيق حاله ولكنه ضرر يقتضيه العقد فلا اعتبار به ولا يغير له شئ من حكم العقد (فرع) وقول مالك لا بأس أن يأخذ بقية رأس ماله ذكر الشيخ أبو محمد عن بعض شيوخه ان معناه اذا تراضيا وهذا غير صحيح من جهة النقل لان ابن حبيب روى عن مالك انه قال للمشترى أن يؤخر أو يعجل فهذا قول آخر فى التخيير وهو أن يكون مقصورا على المبتاع ووجهه ان الضرر يختص به فى تأخير ماله عليه تعجيله وهذا غالب الحال فكان الخيار مختصا به كمكترى السفينة وواجد العيب بالمبيع فيه المواضعة وفى كتاب محمد عن ابن القاسم مثل هذا السؤال الذى ذكره ابن حبيب عن مالك وقد تقدم وجهه (مسئلة) اذا قلنا انه يفسخ بينهما البيع فقد قال ابن أبى زمنين ان تحاسبا فجائز أن يأخذ بقية رأس ماله ما شاء معجلا حاشا الطعام لانه يدخله فى معنى قول مالك اقتضاء طعام معجل فى طعام مؤجل اذا كان له أن يؤخره الى قابل بالثمرة فتركها وأخذ مكانها طعاما كذلك قال ابن حبيب وقد خففه أصبغ فى الطعام على اقرار منه بالمعنى فيه وفى كتاب محمد يأخذ فيما لا يقطع ابانه من العنب زبيبا أو عنبا اشترى رطلا برطلين بعد العلم بما بقى من الثمن وكذلك من سلم فى لحم ضأن فانقطع ابانه فان له أن يأخذ بباقى سلمه لحم بقر أكثر أو أقل نقدا بقبض جميعه مكانه فاما على أن يأخذ كل يوم منه ما شاء فلا يجوز ذلك قال الشيخ أبو محمد يريد محمد على قول من يرى أن ليس لهما الا المحاسبة فيما ليس لحائط بعينه وروى عن ابن القاسم ابن الكاتب انما يقع ما ذكره اذا حكم بالفسخ أو أشهد بالفسخ فحينئذ يأخذ لحما من غير نوعه أقل أو أكثر للخلاف الذى فى أصل المسئلة وما فيه خلاف فانه يحتاج الى حكم أو اشهاد وقال الشيخ أبو محمد عبد الحق لا اعتبار بالاشهاد ولا تأثير له وانما الاعتبار بحكم الحاكم ص ﴿ قال مالك فى الذى يشترى الطعام فيكتاله ثم يأتيه من يشتريه منه فيخبر الذى يأتيه أنه قد اكتاله لنفسه واستوفاه فيريد المبتاع أن يصدقه ويأخذه بكيله ان ما بيع على هذه الصفة بنقد فلا بأس به وما بيع على هذه الصفة الى أجل فانه مكروه حتى يكتاله المشترى الآخر لنفسه وانما كره الذى الى أجل لانه ذريعة الى الربا وتخوف أن يدار ذلك على

* قال مالك فى الذى يشترى الطعام فيكتاله ثم يأتيه من يشتريه منه فيخبر الذى يأتيه انه قد اكتاله لنفسه واستوفاه فيريد المبتاع أن يصدقه ويأخذه بكيله ان ما بيع على هذه الصفة بنقد فلا بأس به وما بيع على هذه الصفة الى أجل فانه مكروه حتى يكتاله المشترى الآخر لنفسه وانما كره الذى الى أجل لأنه ذريعة الى الربا وتخوف أن يدار ذلك على

هـذا الوجـه بغير كيل ولا وزن فان كان الى أجـل فهو مكروه ولا اختلاف فيه عندنا ﴾ ش
وهـذا كما قال ان شراء الطعام بالنقد اذا رضي المبتاع أن يصـدق البائع في كيـله أو وزنه ان كان
موزونا فانه جائز وان كان قد روى ابن حبيب عن القاسم بن محمـد وغيره استثقاله وقال مالك وانما
كره ذلك اذا بيع بالتأخـير والذريعة فيه أبين فعلى تأويل مالك لا يتعلق كراهيتهم له بالنقد بل ذلك
جائز بالنقد دون النساء وذلك انه ليس في تصديقه فيما ابتاع بالنقد وجه بين من الذريعة الى أمر مكروه
وعلى انه قد ذكر أن الذريعـة في التأخـير أبين وظاهر هذا اللفظ يقتضي ان في النقـد وجها من
الذريعة ليس يتقى به (مسئلة) اذا ثبت ذلك فمن ابتاع طعاما سمى له كيله أو حضر كيله فقد قال
ابن المواز وابن حبيب عن أصبغ انه على الـكيل حتى يشترط التصديق ووجـه ذلك ان ضمانه من
بائعه وان كان قد اكتاله حتى يكيله المبتاع منه وقد يختلف الـكيل فيفسخ البائع منه اذا اشتراه على
مالا يرضى المبتاع (مسئلة) ومن ابتاع طعاما على الـكيل رجع بالتصديق فلا رجوع للمشتري الى
الـكيل رواه ابن المواز وابن حبيب عن أصبغ ووجـه ذلك انه قد التزمه على التصـديق وأسقط
عن البائع ما يلزمه من مؤنة الـكيل والضمان والرجوع بالنقص اليسير الذي يكون من نقص الـكيل
ففي هذه الأشياء الثلاثة يؤثر التصديق فلا رجوع للمشتري فيها بعد ان تركها للبائع (مسئلة) وان
أراد المبتاع بعد التصديق فيما اشترى على الـكيل وفيما اشترى على التصديق يكيله ان هو بحضرة بيعه
قبل أن يغيب وكان له ذلك فان وجد نقصا لا يكون من نقص الـكيل مما يشبه الغلط كان له الرجوع
به وان غاب عليه قبل البينة فعلى البائع اليمين انه باعه على ما شاهد من كيله وان حلف برئ وان نـكل
حلف المبتاع ورجع بما نقص منـه وان وجد زيادة في الـكيل فقـد روى ابن المواز عن أشهب من
اشترى صبرة على أن فيها كيلا مسمى فوجدها تزيد فليرد الزيادة ويلزمه البيع في الباقي ووجـه ذلك
انه لما اشتراها على كيل معلوم كان النقص والزيادة للبائع فكما انه لو نقصت رجع على البائع كذلك
اذا زادت رد عليـه الزيادة (مسئلة) ومن ابتاع طعاما على التصديق فقال مالك لا يبيعه هو حتى
يغيب عليـه ويكيله لانه لم يتم بيعه الا بذلك وقاله ابن كنانة وأجاز ذلك ابن القاسم وابن الماجشون
وأصبغ قاله ابن حبيب في الواضحة ووجه قول مالك ان الذريعة في ذلك الى بيع الطعام قبل استيفائه
لانه اذا أراد ذلك صدق البائع ثم باعه ثم أحضر بيعه يشهد كيله على المبتاع منه فلا يصدقه التصديق
ويرجع بنقصه ووجه قول ابن القاسم انه قد خرج عن ضمان البائع فجاز له بيعه كما لو اكتاله (مسئله)
ومن ابتاع زيتا فيه سمن بقمح جزافا وزعم بائع الزيت ان فيه عشرة أقساط ففي العتبية عن ابن القاسم
عن مالك انه كره أن يأخذ السمن بقول صاحبه وبه قال الحروي واختاره سحنون وقال ابن القاسم
ذلك جائز ورواه ابن حبيب عن ابن الماجشون وأصبغ وجه القول الاول ما احتج به ابن حبيب
انه طعام بطعام غير ناجز لان له أن يختبر كيله بعد التفرق ووجه قول ابن القاسم ان التصديق
يخرجه من الطعام من ضمان البائع كالـكيل
(فصل) وقوله وما بيع على ذلك التصديق الى أجل فهو مكروه وقال لانه ذريعة الى الربا لانه يتطرق
به الى المنع أن يكون المبتاع تجوز في بعض الـكيل لما يأمنه من الدين رجاء التأخير بعد
الأجل فيكون ذلك من وجه بعد الدين المؤجل ومن ابتاع بنقد فقد سلم من ذلك وأما قوله ولا خلاف
فيه عندنا فيريد انه مكروه لان ما يترك للبائع من نقص الـكيل وزيادة ارد ذلك في مدة الأجل والله أعلم
(مسئلة) ويجوز أن يبتاع الرجل الطعام الى أجل ويصدقه البائع على كيله كما يكيله

هذا الوجه بغير كيل ولا وزن فان كان الى أجـل فهو مكروه ولا اختلاف فيه عندنا

بالقرب قال عن ابن القاسم في العتبية اذا كان في السفر على الميل ونحوه وأما ان كان مما يتأخر كيله الأيام قال محمد عن ابن القاسم أوالى بلد يبلغه لم يجز ووجه ذلك ما احتج به من انه يضمن له البائع المبيع ونقصه المدة الطويلة وقال ابن القاسم فان كان عنده من ذلك الطعام بعينه ما يوفيه النقص جاز ذلك وان لم يكن عنده لم يجز ذلك وان قرب وذلك اذا قال له فما نقص وفيتكه قال ابن المواز واذا قيل له فما نقص فبحسابه وكان ذلك بالقرب فهو جائز سواء شرطاه في أصل العقد أو اتفقا عليه بعد العقد غير انه لا ينقده الا قدر ما لا يشكان فيه و روى في المدونة عبد الرحمن بن دينار عن ابن كنانة انه مكروه على الاطلاق دون شرط قال لانه ان نقص الطعام كان قد كتب على نفسه ذكر حق للبائع بشئ لم يتم له فهذا لا يصلح و يدخله باب آخر وأبواب من الفساد والوجه الذى ذكره يتخلص منه بان لا يكتب ذكر الحق حتى يكتاله أو يبين في ذلك الحق انه أخذه على التصديق في كيله وأما الأبواب الأخر التى ذكرها من الفساد فلعله ما تقدم ذكره لابن القاسم ص ﴿ قال مالك لا ينبغى أن يشترى دين على رجل غائب ولا حاضر الا باقرار من الذى عليه الدين ولا على ميت وان علم الذى ترك الميت وذلك ان اشتراء ذلك غرر لا يدرى أيتم أم لا يتم قال وتفسير ما كره من ذلك انه اذا اشترى دينا على غائب أو ميت أنه لا يدرى ما يلحق الميت من الدين الذى لم يعلم به فان لحق الميت دين ذهب الثمن الذى أعطى المبتاع باطلا قال مالك وفى ذلك أيضا عيب آخر انه اشترى شيأ ليس بمضمون له وان لم يتم ذهب ثمنه باطلا فهذا غرر لا يصلح ﴾ ش وهذا على ما قال لا يجوز أن يشترى دين على غائب وذلك ان الدين الذى على الغائب لا يخلو أن يكون يثبت عليه بشهود عدول أو لا يثبت عليه ذلك الا بدعوى البائع له فان كان لا يثبت عليه الا بدعوى البائع له فلا خلاف في المنع منه لما فيه من الغرر والخطر لجواز أن ينكر من هو عليه فيبطل ذلك كشراء الآبق وان نقد فيه دخله وجه آخر من الفساد لانه ان أنكره من هو عليه رجع بما نقد فيه وان نقد البيع فيه كان ثمنا لما اشتراه فيكون تارة بيعا وتارة سلفا وان ثبت ذلك ببينة عدول فهل يجوز شراؤه والذى عليه الدين غائب روى داود بن سعيد عن مالك اذا ثبت الدين ببينة وعلم ان الذى عليه الحق حى فلا بأس بذلك و روى عيسى عن ابن القاسم ثبتت له البينة أو لم تثبت لا أحبه الا أن يجمع بينه و بينه والذى عليه في المدونة في السلم الثانى (مسئلة) واذا بعت الدين من غير من هو عليه ففى كتاب ابن المواز انه يجوز أن يؤخره بالثمن اليوم واليومين فقط ولا يؤخر الغريم اذا بعته منه الا مثل ذهابه الى البيت وأما ان تفارقه ثم تطلبه فلا يجوز ووجه ذلك ان تأخير المبتاع اذا كان غيره من باب الكالئ بالكالئ واليسير منه معفو عنه كتأخير رأس مال السلم واذا بعته من الذى عليه الدين فهو من باب فسخ الدين في الدين ولا يجوز منه الا قدر ما لا يمكن القبض الا به فان كان ما يأخذه يسيرا فبقدر ما يأتى بمن يحمله وان كان طعاما كثيرا جاز ذلك مع اتصال العمل فيه ولو اتصل شهرا قاله أشهب (مسئلة) وهذا اذا كان ما يأخذه منه حاضرا أو في حكم الحاضر كالشئ يكون في منزله أو مخزنه أو حانوته فيذهبان من فورهما لقبضه وأما ان كان على ستة أميال فقد كرهه مالك حل الدين أو لم يحل رواه ابن المواز ووجه ذلك ما يدخله من التأخير الذى لا يكون من أجل القبض وانما هو من أجل مغيب المبيع (مسئلة) فاذا قلنا انه يجوز بيع الدين ممن هو عليه فهل يجوز أن يبيعه منه بكراء أو اجارة و روى ابن المواز عن ابن القاسم عن مالك منعه و روى أشهب عن مالك اجازته وجه رواية ابن القاسم انه معنى يعتبر به ما في الذمة ولا يبرأ برأ تاما فلم يجز كما لو أخذ به جارية تتواضع أو

* قال مالك لا ينبغى أن يشترى دين على رجل غائب ولا حاضر الا باقرار من الذى عليه الدين ولا على ميت وان علم الذى ترك الميت وذلك ان اشتراء ذلك غرر لا يدرى أيتم أم لا يتم قال وتفسير ما كره من ذلك أنه اذا اشترى دينا على غائب أو ميت أنه لا يدرى ما يلحق الميت من الدين الذى لم يعلم به فان لحق الميت دين ذهب الثمن الذى أعطى المبتاع باطلا * قال مالك وفى ذلك أيضا عيب آخر انه اشترى شيأ ليس بمضمون له وان لم يتم ذهب ثمنه باطلا فهذا غرر لا يصلح

تمرايتاآخر ووجه رواية أشهب ان المنافع لا يمكن قبضها الا بقبض الرقاب وذلك قد وجد (مسئلة)
وأما استئجار من هو عليه كالثوب يصبغه أو يخيطه أو الحنطة يطحنها أو يكرى له منه أرضا فقد منعه
مالك فى كتاب ابن المواز قال الا العمل اليسير والدين لم يحل فذلك جائز وان حل لم يجز فى يسير ولا فى
كثير وكره مالك فى رواية ابن وهب فى دين لم يحل أن يستعمله له قبل الأجل قال أخاف أن يمرض أو
يغيب فيتأخر حتى يحل الأجل فيصير دينا بدين ووجه ذلك أنه قبل الأجل من باب الكالئ بالكالئ
لانه مالم يحل الأجل فانه يبيعه الدين المؤجل الذى له عليه بالعمل الذى يعمله له ولا يكون فسخ دين
فى دين لانه لم يحل بعد عليه فيفسخه فى غيره ويقتضى هذا ان دين كل واحد منهما يبقى الى الأجل
وأما اذا حل الأجل فانه يفسخ دينه الحال فى العمل ولذلك لا يبقى له فى ذمته بنفس الاستئجار ما كان
له عليه (مسئلة) ومايضارع بيع الدين أن يكون على الرجل دين من عروض يقضيكها ببلد
فتلقاه ببلد آخر فلا بأس اذا حل الأجل وتراضيتما أن تأخذ منه مالك عليه فى جنسه وصفته لا أفضل ولا
أدون فان كان قبل الأجل لم يجز كان دينك من قرض أو بيع ويجوز ذلك فى البلد قبل الأجل
مثله ويجوز فى القرض أجود منه رواه ابن المواز ووجه ذلك انه قبل الأجل اذا أعطاه بغير البلد
لم يخل من حط عنى الضمان وأزيدك أو ضع وتعجل وكذلك القرض لانه ليس له أن يدفعه اليه بغير
بلد القرض وان كان ببلد القرض أو قبل السلم جاز قبل الأجل مثله ولم يجز أدون ولا أفضل لما قدمناه
ويجوز فى القرض أجود لان له أن يعجله ولا يجوز أدون لانه ليس للمقرض أن يتعجله فيدخله
ضع وتعجل ص ﴿ قال مالك وانما فرق بين أن لا يبيع الرجل الا ما عنده وأن يسلف الرجل فى
شئ ليس عنده أصله ان صاحب العينة انما يحمل ذهبه التى يريد أن يبتاع بها فيقول هذه عشرة دنانير
فما تريد أن أشترى لك بها فكأنه يبيع عشرة دنانير نقدا بخمسة عشر دينارا الى أجل فلهذا كره
ذلك وانما تلك الدخلة والدلسة ﴾ ش هذا على حسب ما ذكره ان من وجوه فساد بيع ماليس
عنده وان جاز ذلك فى السلم ان عمل أهل العينة انما يقصدون بذلك الى سلف درهم فى درهم ونصف لانه
يقول له هذه عشرة دنانير اشترى لك بها ما شئت أبيعه منك بخمسة عشر دينارا الى أجل فكأنه
باعه عشرة نقدا بخمسة عشر الى أجل وهذا الذى ذكره وجه من وجوه المنع من بيع ماليس عندك
بسبب الذريعة وانما قصد لما كان يتكرر قصده والا فبيع ماليس عندك ممنوع لنفسه وقد روى
جعفر بن أبى وحشية عن يوسف بن ماهك عن حكيم بن حزام سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم
فقلت يارسول الله يأتينى الرجل يسئلنى البيع ليس عندى أبيعه منه ثم ابتاعه من السوق قال فقال
لاتبع ماليس عندك وهذا أحسن أسانيد هذا الحديث ومن جهة المعنى انه مبنى على ان السلم لا يصح
الا مؤجلا واذا جوزنا السلم على الحلول حمل الحديث على أن يبيع ماليس عنده وهو ان يبيعه شيأ
معينا قبل أن يملكه ويتضمن خروجه من ملكه وعلى أن اسم البيع لا يتناول السلم فى الظاهر
ووجه آخر انه يمنع منه لما فيه من الغرر لبيع ماليس عنده ويطلب عين المبيع بقصده فيتعذر عليه
تسليمه وذلك يمنع صحة العقد كما لو كان معيبا (فرق) وفرق بين شراء ماعند البائع وبين السلم فيه
السلم اختص بالتأجيل فى المشهور من المذهب والبيع يختص بنفس المبيع وما اختص أحد
العقدين فانه يختص به على سبيل التصحيح للعقد كالأجل فى السلم * وفرق آخر وهو ان نسب الى
التعيين فى المبيع لما فيه من التغرير فصانه الى الأجل والبيع ينافى عدم التعيين لما فيه من التغرير
بتعذر تحصيله وتفاوت ثمنه مع كونه حالا عليه فلا يجد السبيل الى تسليمه

* قال مالك وانما فرق بين أن لا يبيع الرجل الا ما عنده وأن يسلف الرجل فى شئ ليس عنده أصله أن صاحب العينة انما يحمل ذهبه التى يريد أن يبتاع بها فيقول هذه عشرة دنانير فما تريد ان اشترى لك بها فكأنه يبيع عشرة دنانير نقدا بخمسة عشر دينارا الى أجل فلهذا كره ذلك وانما تلك الدخلة والدلسة

﴿ ماجاء فى الشركة والتولية والاقالة ﴾

ص ﴿ مالك فى الرجل يبيع البز المصنف ويستثنى ثيابا برقومها انه ان اشترط أن يختار من ذلك الرقيم فلا بأس به فان لم يشترط أن يختار منه حين استثنى فانى أراه شريكا فى عدد البز الذى اشترى منه وذلك ان الثوبين يكون رقمهما سواء وبينهما تفاوت فى الثمن ﴾ ش وهذا على ماقال ان الرجل اذا باع أصنافا من البز واستثنى منها ثيابا بما رقم عليها من الثمن أو بما كان عليه رقم جنس ما والاول أظهر فانه لايخلو اذا استثنى بعض النوع الذى استثنى منه أن يستثنى الاختيار أولا يشترط شيأ فان استثنى الاختيار فان له ذلك ولا يجوز ذلك اذا استثنى اختيار الأكثر منه وهو بائع وقد تقدم ذكره

(مسئله) وان لم يشترط شيأ فهو شريك فى ذلك النوع بقدر ما استثنى منه من جميع عدده وذلك مثل أن يكون ذلك النوع الذى استثنى منه ثلاثين ثوبا فيستثنى منها عشرة أثواب فانه يكون شريكا فى ذلك النوع من المتاع بالثلث له ثلثه ولمن ابتاعه ثلثاه

(فصل) وقوله وذلك ان الثوبين يكون رقمهما سواء وبينهما تفاوت فى الثمن يريد انه لا يكون له أفضلهما ولا أدناهما لتفاوت أثمان النوع الواحد من الثياب مع تساويها فى الرقوم اما لأن الرقم يعم النوع واما الغلاء أو رخص وأما أن البائع قد رقمها على المشترى بثمن واحد تحمل بعضها بعضا فاذا لم يشترط تعيينا ولا اختيارا فلم يبق الا أن يكون شريكا بعدد ما استثناه والله أعلم ص ﴿ قال مالك الأمر عندنا انه لابأس بالشرك والتولية والاقالة فى الطعام وغيره قبض ذلك أو لم يقبض اذا كان ذلك بالنقد ولم يكن فيه ربح ولا وضيعة ولا تأخير الثمن فان دخل ذلك ربح أو وضيعة أو تأخير من واحد منهما صار بيعا يحله ما يحل البيع ويحرمه ما يحرم البيع وليس بشرك ولا تولية ولا اقالة ﴾ ش وهذا على ماذكره ان من ابتاع طعاما على كيل أو وزن أو عدد فلا يجوز له أن يبيعه حتى يستوفيه لنهى النبى صلى الله عليه وسلم عن ذلك ويجوز له أن يشرك فيه بأن يولى أحدا جزأ منه أو يوليه جميعه أو يقيل البائع منه وذلك كله قبل استيفائه والأصل فى ذلك ماروى ربيعة عن سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام قبل أن يستوفى وأرخص فى الشركة والتولية والاقالة ومن جهة المعنى أن [illegible] فاستثنى من بيع الطعام قبل استيفائه كما استثنى بيع العرية من النهى عن بيع الرطب بالتمر

(فصل) وقوله اذا كان فى ذلك [illegible] ولم يكن فيه ربح ولا وضيعة يريد بقوله اذا كان فى ذلك [illegible] أو يكون البيع على النقد [illegible] الشركة أو التولية أو الاقالة ولو كان العقد الاول على التأجيل لم يجز ذلك وان كانت الشركة والتولية والاقالة الى ذلك الاجل لا [illegible] العقود أن يكون مساوية المتقدمة [illegible] البيع ولا يكون [illegible] نقص ولا زيادة [illegible] البيع الأول ولا [illegible] يساوى [illegible] ذلك شركة ولا تولية ولا اقالة لعدم تساوي [illegible] (مسئلة) واذا كان البيع الاول [illegible] شركة أو التولية والاقالة بالنقد دون تأخير ولا زيادة فى الثمن ولا نقص [illegible] والتولية والاقالة الى حكم البيع المحض [illegible] المكارمة المبنى على المماكسة [illegible] الطعام قبل [illegible] اذا كان فى ذلك تأخير أو زيادة أو نقص [illegible] ولا تولية ولا اقالة

(فصل) وقوله فان دخل ذلك ربح أو وضيعة أو تأخير [illegible] لا يكون

﴿ ماجاء فى الشركة والتولية والاقالة ﴾

قال مالك فى الرجل يبيع البز المصنف ويستثنى ثيابا برقومها انه ان اشترط أن يختار من ذلك الرقيم فلا بأس به فان لم يشترط أن يختار منه حين استثنى فانى أراه شريكا فى عدد البز الذى اشترى منه وذلك ان الثوبين يكون رقمهما سواء وبينهما تفاوت فى الثمن * قال مالك الأمر عندنا انه لا بأس بالشرك والتولية والاقالة فى الطعام وغيره قبض ذلك أو لم يقبض اذا كان ذلك بالنقد ولم يكن فيه ربح ولا وضيعة ولا تأخير للثمن فان دخل ذلك ربح أو وضيعة أو تأخير من واحد منهما صار بيعا يحله ما يحل البيع ويحرمه ما يحرم البيع وليس بشرك ولا تولية ولا اقالة

الاقالة والتولية والشركة الا على حكم البيع الاول لا زيادة عليه ولا انتقاص منه ولذلك كانت هذه العقود مبنية على المكارمة ولو كان من أحدهما تأخير بأن يؤخر المسلم اليه برأس مال المسلم أو يكون المبيع منه الطعام ثم قد أخر بثمنه ثم أقال منه على التعجيل أو اشترك أو ولى على التعجيل فان ذلك كله يخرجه عن عقود المكارمة الى المبايعة المحضة المبنية على المغابنة التي لا يجوز ابتياعها في طعام بيع قبل استيفائه ولذلك قال بحله ما يحل البيوع من أن لا يقع بعد الاستيفاء ويحرم منه ما يحرم البيوع فلا يقع قبل الاستيفاء والله أعلم ص ﴿قال مالك من اشترى سلعة بزا أو رقيقا فبت به ثم سأله رجل أن يشركه ففعل ونقد الثمن صاحب السلعة جميعا ثم أدرك السلعة شئ ينتزعها من أيديهما فان المشرك يأخذ من الذي أشركه الثمن ويطلب الذي أشرك بيعه الذي باعه السلعة الا أن يشترط المشرك على الذي أشرك بحضرة البيع وعند مبايعة البائع الأول وقبل أن يتفاوت ذلك أن عهدتك على الذي ابتعت منه وان تفاوت ذلك وفات البائع الأول فشرط الآخر باطل وعليه العهدة﴾ ش وهذا على حسب ما قال ان من اشترى بزا أو رقيقا فبت شراءه يريد اشتراه لي القطع دون الخيار ثم أشرك فيه رجلا أن يأخذ منه [illegible] صاحب السلعة يريد البائع جميع [illegible] السلعة ثم استحقت فان دافع الثمن الى البائع يرجع على المتاع الاول بجميع الثمن ويرجع المتاع الاول بذلك على بائعه ووجه ذلك ان البيع مستأنف وكونه على صفة مخصوصة لا يخرجه عن أن تكون العهدة على البائع ومعنى ذلك كله ان عهدة الشريك على من أشركه مع الاطلاق وعدم الشرط لما ذكرناه بأنه بيع مستأنف

(فصل) وقوله الا أن يشترط المتاع على الذي أشرك بحضرة البيع وقبل أن يتفاوت ذلك ان عهدتك على الذي ابتعت منه يريد أن الشرط صحيح [illegible] روى [illegible] ابن القاسم [illegible] اشترط عليه ذلك بحضرة البيع وقبل أن [illegible] وتسمع ما كان فيه من البيع [illegible] عندنا أن يكون العهدة على [illegible] الشرط [illegible] ولا يتبع بشرطه وروى يحيى بن يحيى عن ابن نافع [illegible] رجل يقول لرجل [illegible] السلعة [illegible] مالك ان ذلك لا يصلح حين قال [illegible] وأما أبيعها لك وانما ذلك سلف [illegible] على أن يبيعها [illegible] أحد ذلك رجل [illegible] لا يجوز أن يقول الرجل للرجل [illegible]

[illegible]

قال مالك من اشترى سلعة بزا أو رقيقا فبت به ثم سأله رجل أن يشركه ففعل ونقد الثمن صاحب السلعة جميعا ثم أدرك السلعة شئ ينتزعها من أيديهما فان المشرك يأخذ من الذي أشركه الثمن ويطلب الذي أشرك بيعه الذي باعه السلعة الا أن يشترط المشرك على الذي أشرك بحضرة البيع وعند مبايعة البائع الأول وقبل أن يتفاوت ذلك ان عهدتك على الذي ابتعت منه وان تفاوت ذلك وفات البائع الأول فشرط الآخر باطل وعليه العهدة * قال مالك في الرجل يقول للرجل اشتر هذه السلعة بيني وبينك وانقد عني وأنا أبيعها لك ان ذلك لا يصلح حين قال انقد عني وأنا أبيعها لك وانما ذلك سلف يسلفه اياه على أن يبيعها له ولو أن تلك السلعة هلكت أو فاتت أخذ ذلك الرجل الذي نقد [illegible] من شريكه ما نقد عنه [illegible] السلعة الذي نقد [illegible]

من أجل السلف فالسلف مردود وللعامل أجر عمله فيما عمل لشريكه وله ربح حصته من السلعة ولشريكه ربح حصته (مسئلة) ولو ظهر على هذا قبل النقد لأمسك المسلف ماشرط عليه أن يسلفه وان كان قبل أن يعمل المسلف عمل في حصته دون حصة شريكه وكان على شريكه أن يعمل في حصته أو يستأجر المسلف استئجارا مستأنفا صحيحا ص ❊ قال مالك ولو أن رجلا ابتاع سلعة فوجبت له ثم قال له رجل أشركني بنصف هذه السلعة وأنا أبيعها لك جميعا كان ذلك حلالا لا بأس به وتفسير ذلك ان هذا بيع جديد باعه نصف السلعة على أن يبيع له النصف الآخر ❊ ش وهذا على ماقال ان من اشترى سلعة وثبت له ملكها ثم أتاه رجل فقال له أشركني في نصف هذه السلعة وأنا أبيع لك جميعها فانه جائز وذلك انه باعه النصف الذى أشركه بنصف الثمن الذى ابتاعها به وبعمله في النصف الباقي له يتناول بيعها الا أن يبيعها فلم يدخل في ذلك شئ من الجهالة لان الثمن معلوم والسلعة معلومة وعمل الشريك في بيعها معلوم ووجه تناوله في ذلك معلوم والله أعلم وانما يتعلق به من وجوه الاعتراض انه جمع بين البيع والاجارة في عقد واحد وذلك جائز عند مالك لانهما عقدان مبنيان على اللزوم ومقصودهما واحد فلا يتنافيان ولم يجز أن يجتمع الجعل والبيع في عقد لان الجعل مبنى على الجواز والبيع مبنى على اللزوم فهما يتنافيان فلذلك لم يصح اجتماعهما (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان لجواز هذا العقد الذى ذكره مالك شروطا منها انه لا يجوز الا أن يضرب لمدة البيع أجلا فيقول على أن أبيع لك النصف الثانى شهرا أو شهرين أو ما اتفقا عليه من الأجل فان لم يضربا لذلك أجلا لم يجز هذا المشهور عن مالك وهى مسئلة أصل الكتاب وفي المدونة وذكر بعض الرواة عن مالك فيمن باع نصف ثوب على أن يبيع له المشترى النصف الثانى انه لا يجوز وان ضرب لذلك أجلا فهو أحرم له فوجه قولنا انه لا يجوز مع عدم الأجل ويجوز مع وجوده ان عدم الأجل يبطل عقد الاجارة وان كان معنى ذلك الاجارة وان كان معناه الجعل فلا يصح أن يقارن البيع لما قدمناه واذا ضرب الاجل صحت الاجارة وصح مقارنتها للبيع ووجه المنع من ذلك قال بعض شيوخنا القرويين ان معنى ذلك انه اشترى معينا لا يقبضه الا الى الاجل ❊ قال القاضى أبو الوليد ومعنى ذلك عندى انه ليس له أن يفوت النصف الذى صار اليه بالشركة قبل البيع أو انقضاء الاجل لانه لا يستحق جميع العين الا بانقضاء الاجل لان بعضه اجارة بيعه في جميع المدة (فرع) فاذا قلنا بجواز ذلك فباع السلعة قبل انقضاء الاجل وذلك مثل أن يبيع منه نصف الثوب بعشرة على أن يبيع له النصف الثانى شهرا وكان قيمة بيعه اياه شهرا درهمين فصار ثمن الثوب اثنى عشر درهما فباعه في نصف الشهر فان صاحب الثوب يرجع عليه بما بقى من اجارة المدة وذلك نصف سدس ثمن نصف الثوب وذلك ربع سدس قيمة الثوب كله قال ابن المواز يرجع بذلك ثمنا وقال يحيى بن عمر الا ان يكون الثوب قائما فيكون له شريكا به فيه ومعنى ذلك والله أعلم أن يكون انما باع الاجير نصف المستأجر وبقى نصفه الذى بيع منه واستؤجر به بيده (مسئلة) ومما يجب أن يشترط في هذا العقد أن تكون السلعة مما تعرف بعينها كالحيوان والثياب والعروض مما ليس بمكيل ولا موزون فان كان مكيلا أو موزونا كالطعام والحناء ففى المدونة أنه لا يجوز ذلك وقال سحنون يقبض الطعام ويغاب عليه وقد يبيع في نصف الاجل فيرد طعاما قد غاب عليه فيدخله السلف والاجارة

❊ قال مالك ولو أن رجلا ابتاع سلعة فوجبت له ثم قال له رجل اشركنى بنصف هذه السلعة وأنا أبيعها لك جميعا كان ذلك حلالا لا بأس به وتفسير ذلك أن هذا بيع جديد باعه نصف السلعة على أن يبيع له النصف الآخر

﴿ ماجاء في افلاس الغريم ﴾

ص ﴿ مالك عن ابن شهاب عن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أيما رجل باع متاعا فأفلس الذي ابتاعه منه ولم يقبض الذي باعه من ثمنه شيأ فوجده بعينه فهو أحق به وان مات الذي ابتاعه فصاحب المتاع فيه أسوة الغرماء * مالك عن يحيي بن سعيد عن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن عمر بن عبد العزيز عن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث ابن هشام عن أبي هريرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أيما رجل أفلس فأدرك الرجل ماله بعينه فهو أحق به من غيره ﴾ ش قوله صلى الله عليه وسلم أيما رجل باع متاعا فأفلس الذي ابتاعه منه الفلس هو عدم المال وهو الاعسار قال الله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة ولا يخلو أن يكون من ادعى ذلك مجهولا فلسه أو معلوما فلسه أو معلوما ملاؤه فان كان مجهول الفلس ففي كتاب ابن المواز عن مالك يحبس الحر والعبد حتى يستبد أمره لعله غيب ماله وقال مطرف ويحبس النساء ومن فيه بقية رق في الدين في اللدد والتهمة ووجه ذلك أن ما يدعيه من الاعسار ينافيه اقراره بما عليه من الدين لأنه قد أخذ عوضه وذلك يقتضي انه موسر به فالظاهر من حاله خلاف ما يدعيه فلذلك ألزمه السجن لتحقق حاله (مسئلة) ومن ادعى الفقر وظاهره الغنى وأقام بينة في الفقر ولم تزك بينته لم يؤخذ عليه حميل وسجن حتى تزكى بينته من كتاب ابن سحنون وذلك لما قدمناه من انه يدعي خلاف الظاهر من حاله (مسئلة) وهذا لمن تفالس ويقول لا شئ له وأما اذا حل الدين فسأل أن يؤخره وعد بالقضاء فليؤخره الامام حسبما يراه ولا يعجل عليه حكاه ابن حبيب عن ابن الماجشون وقال في كتاب سحنون ان سأل أن يؤخره يوما أو نحوه أخر ويعطي حميلا بالمال فان لم يجد حميلا به سجن ووجه ذلك أن تعذر القضاء قد يتجه على أكثر الناس اليوم واليومين والثلاثة فاذا أعطى حميلا بالمال وسأل النظرة الى مثل هذا المقدار مما لا مضرة فيه على المطالب له فللحاكم أن يوقفه مثل هذا التأخير وقال ابن الماجشون في سماك لرجل عليه سمك فسأل الصبر حتى يخرج فيصيد قال يصبر عليه ولم يشترط ابن الماجشون في روايته الحميل ووجه ما تقدم من رواية ابن سحنون الحميل في المال لانه لما جاز الاجل كان له أن لا يؤخره الا بحميل الا ان يكون هذا السماك ممن يعلم انه لا مال له ولا يجد قضاء الا من تصيده فيترك والتصيد لانه الوجه الذي يسلم اليه فيه والله أعلم (مسئلة) ومدة سجن المجهول الحال تختلف باختلاف الدين فيما روى ابن حبيب عن ابن الماجشون فقال يحبس في الدريهمات اليسيرة قدر نصف شهر وفي الكثير من المال أربعة أشهر وفي الوسط منه شهرين ووجه ذلك انه سجن على وجه اختبار حاله فوجب أن يكون على قدر الحق الذي يختبر من أجله (مسئلة) ويحبس الوصي في على الايتام من دين اذا كان لهم في يده مال وكذلك الاب في دين الولد اذا كان بيده مال رواه ابن سحنون عن ابن عبد الحكم ومعنى ذلك انه قبض له مالا ولا يعلم بقاءه فلا يقبل قوله لانه يدعي خلاف الظاهر (مسئلة) ويحبس الاب اذا امتنع من الانفاق على ولده الصغير ولا يحبس الاب في دين الولد بريد اذا كان له عليه دين يطلبه به وأما تركه الانفاق عليه فضرر يلحق الولد وغيره ويطلبه به (مسئلة) ويحبس السيد لمكاتبه في الدين رواه ابن حبيب ويحبس السيد لمكاتبه في الدين ووجه ذلك ان حقوق لا تعد فيها الحرمة والمنزلة الا الوالد في حق الولد لان حقه عليه ليس لاجل حرمته وقرابته لان حرمتهما

﴿ماجاء في افلاس الغريم﴾ * حدثني يحيي عن مالك عن ابن شهاب عن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أيما رجل باع متاعا فأفلس الذي ابتاعه منه ولم يقبض الذي باعه من ثمنه شيأ فوجده بعينه فهو أحق به وان مات الذي ابتاعه فصاحب المتاع فيه اسوة الغرماء * وحدثني مالك عن يحيي بن سعيد عن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن عمر بن عبد العزيز عن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث ابن هشام عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أيما رجل أفلس فأدرك الرجل ماله بعينه فهو أحق به من غيره

واحدة وانما ذلك لماله عليه من حق الابوة الموجبة للنفقة ويحبس سائر القرابات من الاجداد وغيرهم والله أعلم فان ظهر أنه لا مال له ففي العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم يحلفه ويطلقه ورواه ابن حبيب عن مطرف عن مالك ومعنى ذلك أن يشهد له الشهود انهم لا يعلمون له مالا ظاهرا ولا باطنا وينقضي أمر السجن ويلزمه هو اليمين لان الشهود انما يشهدون على العلم فعليه هو أن يحلف على الباطن بالبت كالرجل يستحق الدار فيشهد الشهود له على علمهم أنهم لا يعلمون فوته فيحلف هو على الباطن بالبت والقطع انه مافوته

(فصل) وأما من ثبت فلسه وعلم عدمه فروى ابن وهب عن مالك في كتاب ابن حبيب لا يحبس ان كان معسرا ولا شيء له وفي كتاب ابن المواز ان علم انه لا شيء له فلا يحبس حر ولا عبد ووجه ذلك قول الله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة (مسئلة) ولا يؤاجر المفلس في دينه خلافا لابن حنبل والدليل على ذلك قول الله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة ومن جهة المعنى ان الدين انما يتعلق بذمته دون عمله قال ابن المواز سواء كان حرا أو عبدا مأذونا له في التجارة

(فصل) وأما من علم غناه أو كان ذلك ظاهر أمره ففي كتاب ابن المواز والعتبية يحبس حتى يوفي الناس حقوقهم أو يتبين انه لا شيء له فهذا لا ينصرف ولا يعجل سراحه حتى يستبرأ أمره قال وهذا مثل التجار الذين يأخذون أموال الناس ثم يدعون ذهابها ولا يعلم ذلك ولا يعلم انه سرق له شيء ولا أحرق له منزل ولا أصيب بشيء

(فصل) وانما يثبت فلسه بحكم الحاكم بذلك وانما يحكم الحاكم بذلك بعد أن يثبت عنده ما يوجب ذلك فيمنعه من التصرف في ماله ويحجر عليه فيه حتى يقسمه بين الغرماء ويعجل ما عليه من دين مؤجل ومن وجد سلعته كان أحق بها وهذا معنى تفليسه ولا يخلو أن يكون حاضرا أو غائبا فان كان غائبا وله مال حاضر فقام غرماؤه عليه ليفلس لهم فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن وهب عن مالك أن ذلك لهم وروى ابن القاسم في العتبية والواضحة ان كانت غيبة مريبة فيكتب اليه ويكشف عن أمره ليعرف ملاءه من عدمه وان كان بعيد الغيبة فلا يخلو أن يعرف حاله في العدم واليسار أو يجهل ذلك فان جهل ذلك فلس رواه ابن المواز عن أشهب وابن القاسم وان عرف يساره فقال ابن القاسم لا يفلس وقال أشهب يفلس وجه قول ابن القاسم ان هذا معروف الملاءة فلا يفلس أصل ذلك اذا كان حاضرا ووجه قول أشهب ما احتج به من ان مال الغائب البعيد الغيبة لا يقضى منه دين ولا يعرف ما يدل عليه فلا يمنع ذلك افلاسه (فرع) فاذا قلنا برواية مطرف وابن وهب انه يفلسه الحاكم ويقضي ديون الحاضرين ويحاصوا بما علم انه عليه لغائب ولا يؤخرون لاستبراء ما عليه لان ذمته باقية وأما الميت فان ذمته قد ذهبت فلذلك يستأني بهم اذا كان معروفا بالدين رواه مطرف وابن وهب عن مالك (مسئلة) فان كان حاضرا فلا يخلو أن يريد جميع غرمائه تفليسه أو بعضهم فان أراد ذلك بعضهم فان للقائم تفليسه وسجنه رواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وان أراد بعضهم ذلك (٢) ووجهه ان ذلك حق للطالب فلا يبطل باسقاط غيره عنه مثل ذلك الحق كما لو وهب بعضهم دينه لم يلزم غيرهم أن يهبه دينه أيضا ولمن أبى تفليسه أن يحاص القائم في مال المفلس ويقر بيد المفلس ما كان له بالمحاصة وليس للقائم أخذ ذلك منه في دينه رواه ابن حبيب عن مالك ووجه ذلك أن تفليسه يقتضي تحاص غرمائه في ماله فمن أقر حصته بيده فهو بمنزلة من

استأنف معاملته بعد التفليس لم يكن للغرماء أخذ ما عامله به من المفلس (مسئلة) وهذا اذا قام من أراد اقرار حصته بيده وطلب المحاصة وأما من أمسك عن الطلب وعلم بالتفليس وتقاسم الغرماء ماله وهو حاضر فقد روى عيسى عن ابن القاسم فى العتبية انه ان قام بعد ذلك فلا شئ له الا أن يكون له عذر فى تركه القيام أو يكون له سلطان ووجهه انه اذا علم بذلك وأمسك عن الطلب مع عدم العذر فالظاهر انه راض بذلك ومسوغ له حصته من ماله رضا بطلب ذمته مع خرابها أو رفقا به قال مطرف وابن الماجشون وذلك بمنزلة سكوته عما أعتق المفلس ثم يريد القيام به والله أعلم (مسئلة) ويصح ذلك من تفليسه بحكم الحاكم قال واذا قام غرماؤه فأمكنهم من ماله يتبعونه ويقتسمونه ففى العتبية من سماع ابن القاسم انه بمنزلة تفليس السلطان ووجه ذلك انه حكم لا يتعدى المفلس وغرماءه فاذا اتفقوا عليه ثبت بينهم ومعنى ثبوت الحكم بينهم أن يكون من عامله بعد التفليس أحق بيده ممن فلسه وأخذ حصته مما كان بيده رواه أصبغ وأبو زيد عن ابن القاسم (مسئلة) وهذا اذا وجدوا له مالا تحاصوا فيه فان لم يجدوا له شيأ فتركوه فتداين بعد ذلك فليس هذا بتفليس قاله ابن القاسم فى العتبية قال ولو بلغوا به السلطان ففلسه لكان هذا تفليسا لانه قد بلغ من كشف حاله مالا يبلغه غرماؤه ولو علم ان غرماءه يبلغون من ذلك مالا يبلغه السلطان رأيته تفليسا ولكن لا آخذ به خوف أن لا يبلغوا ذلك وقاله أصبغ (مسئلة) اذا ثبت ذلك ففيه خمسة أبواب * الباب الأول فى حكم اقرار المفلس قبل التفليس وبعده * والباب الثانى فى حكم مالا ينتزع من ماله ولا يحجر عليه * والباب الثالث فى حكم ما يحجر عليه من ماله قبل البيع وبعده * والباب الرابع فى ديون المفلس بعد الفلس * والباب الخامس فيما تقع فيه المحاصة

(الباب الأول فى حكم اقرار المفلس قبل التفليس وبعده)

أما اقرار المفلس وبيعه لماله وقضاؤه عن بعض غرمائه ففى كتاب ابن حبيب فيمن أحاط الدين بماله ان قضى بعض غرمائه أو رهن فقد اختلف فيه قول مالك فقال يدخل فى ذلك باقى الغرماء وقال لا يدخلون وذلك ماض قال ابن القاسم وعلى هذا جماعة الناس وجه القول الأول انه محجور عليه فى ماله ولذلك لا يجوز له عتق بغير اذن غرمائه فأشبه الذى قد حكم الحاكم بتفليسه أو المريض فقد قال أصبغ فى العتبية ان المريض المخوف عليه لا يقضى بعض غرمائه دون بعض وان كان غير مخوف لم يحجر عليه القضاء فى ماله ووجه القول الثانى انه ليس بمحجور عليه لان بيعه جائز وكذلك قضاؤه دين البيع وانما يمنع من اتلاف ماله على غير وجه المعاوضة كالهبة والعتق (فرع) قال ابن القاسم واذا فطن المقتضى باستغراقه وبادر الغرماء فهو أحق وهذا مالم يكن الغرماء قد تشاوروا كلهم فى تفليسه ولم يرفعوه بعد فخالف بعضهم اليه فقضاه قال ابن القاسم قال يدخل معه سائر الغرماء وقال أصبغ لا يدخلون معه وجه قول ابن القاسم انهم اذا تشاوروا فى تفليسه فقد اتفقوا على التحاص فى ماله وذلك يقتضى اشتراكهم فيه فمن اقتضى منهم شيأ شاركه فيه الآخرون كما لو باعوا منه بعقد واحد ووجه قول أصبغ انهم لم ينفذوا ذلك فلم يوجد الاشتراك بينهم وانما يحصل الاشتراك بانفاذ التفليس والحجر عليه فيما بيده والله أعلم (مسئلة) والتفليس الذى يمنع قبول اقراره فيما روى ابن المواز عن مالك أن يقوم عليه غرماؤه على وجه التفليس قال محمد يريد وحالوا بينه وبين ماله وبين البيع الفاسد والشراء والأخذ والاعطاء فانه لا يقبل اقراره حينئذ بدين قال احمد بن ميسر ما كان قائم الوجه منبسط اليد فى ماله فانه يجوز اقراره الا أنه اذا خاف من قيام الغرماء فاقر لمن يتهم عليه من

والدأو ولد فاراه فاسدا ويبطل اقراره قال وليس كذلك اقراره للاجنبيين والله أعلم (مسئلة)
واذا أقر الرجل بمال فلا يخلو أن يكون دين غرمائه بغير بينة أو ثابتة ببينة فان كانت انما هي باقرار
فيجوز ذلك لمن أقر له في ذلك المجلس و بلفظ واحد أو قرب بعض ذلك من بعض قاله مالك في كتاب
محمد ووجه ذلك أن ماثبت به دينهم بسبب واحد فلم يرد بعض ذلك دون بعض واذا أقر لقوم ثم استأنف
بعد مدة أو في مجلس واحد لغيرهم فانه لايثبت اقراره للآخرين لان الدين الاول قد حجر عليه بسببه
فلم يكن له أن يقر بما يدخل النقص عليه كما لو ثبت ببينة وروى ابن حبيب عن ابن القاسم اذا أقر المفلس
لمن يتهم عليه أو لمن لايتهم عليه ولا عليه بينة لغرمائه فان المقر له يحاص سائر غرمائه (مسئلة) وأما
ان كان الدين الاول ثبت ببينة فانه لايجوز اقراره لمن يثبت دينه من الغرماء في وقت الحجر عليه لانه
يدخل نقصا على من ثبت دينه بالبينة بمجرد قوله وذلك غير جائز لان من حجر عليه في البيع والشراء
والأخذ والاعطاء فقد حجر عليه في الاقرار كالسفيه وفي كتاب محمد وقد كان من قول مالك ان من أقر
له المفلس ان كان يعلم منه تقاضيا له ومداينة وخلطة فانه يحلف ويحاصص من له بينة ووجه هذا
القول أن الحجر عليه غير ثابت لانه مأخوذ بهذا الاقرار ويتعلق بذمته ماتقدم من المخالطة له فيه
فوجب أن يحاص به وأما السفيه فان ماأقر به غير متعلق بذمته فلذلك لم يؤثر اقراره قال ابن حبيب
عن ابن القاسم سواء كان اقراره لمن يتهم عليه أو لمن لايتهم عليه فانه غير جائز اذا كان للغرماء بينة وهذا
اذا كان الدين الثابت بالبينة قد أحاط بماله فان لم يحط بماله جاز اقراره لمن أقر به قاله مالك في
الموازية احتج لذلك بان من ثبت دينه لم يكن له تفليسه والحجر عليه فجاز اقراره كسائر المتصرفين
(مسئلة) وهذا حكم اقراره بالدين وأما أن يقول لبعض مابيده هذا قراض أو وديعة ففي العتبية
من قول ابن القاسم لايصدق المفلس في ذلك كما لايصدق في الدين وبه قال أشهب ووجه ذلك انه
اقرار يدخل على الغرماء النقص فلم يجز كالاقرار بالدين كما لو قال له في مالي وديعة أو قراض ولم
يعين فان أصبغ قال لايجوز اقراره وقال أصبغ يقبل قوله في الاقرار بالوديعة والقراض وان
لم يكن على أصل ذلك بينة قال لانه اقرار بامانة ولم يقر بدين رواه أبو زيد عن ابن القاسم في العتبية
زاد أصبغ وذلك اذا أقر بمن لايتهم عليه

(الباب الثاني فيما يقر بيده من ماله ولا يقبضه الغرماء في ديونهم)

ففي العتبية من رواية ابن القاسم عن مالك يترك له مافيه نفقته له ولاهله ولعياله وكسوته ولاهله وفي
كسوة زوجته شك وقال سحنون في العتبية يترك له قدر نفقته وكسوته ولا يترك له كسوة زوجته
قال ابن القاسم يترك له لبسه الا أن يكون فيه فضل عن لباس مثله قال ابن القاسم في العتبية يترك له
مايكفيه هو وزوجته وولده الصغير الأيام وروى ابن المواز وابن حبيب عن مالك قدر الشهر
وروى ابن المواز عن أصبغ ان كان الذي يوجد له قدر نفقته شهرا أو نحوه فليترك له يعيش به ووجه
ذلك ان مايختص به من لباسه لا يمكن أن يعرى منه لما في ذلك من هتك ستره وكشف عورته فيترك
له منها يكفيه مما جرت عادته بمثله لان هذا القدر لايعاوض عليه وكذلك نفقة الأيام لنفسه ولبنيه
الصغار الى ان يتسبب في وجه نفقته لان اسلامه للهلاك دون قوت غير جائز وكذلك اخراجه عن
عادة مثله وأما كسوة الزوجة فتوقف فيها مالك وصرح سحنون بانها لاتترك لانها انما تصير اليها على
سبيل المعاوضة ولها كسوة سواها مما تملكه وهي مما يطول بقاؤه ويدوم الانتفاع به كالنفقة التي
تزيد على مدة الأيام المتقدم ذكرها وبالله تعالى التوفيق (مسئلة) وما عدا ذلك من الحيوان

والأثاث والدور والأرضين والعروض فتتعلق حقوق الغرماء به ويباع ذلك عليه وروى ابن حبيب عن مطرف عن مالك يستأنى فى بيع ربعه بسوق الشهر والشهرين وأما الحيوان فالمدة اليسيرة وكذلك العروض والحيوان أسرع بيعا ومعنى ذلك والله أعلم لما يلزم من الانفاق عليه مع تسرع التغير اليه (مسئلة) وصفة بيعه بالخيار ثلاثا طلبا للزيادة رواه مطرف عن مالك وقاله ابن القاسم وسحنون وانما معنى ذلك انه ربما توقف الناس عن الزيادة الا عند توقع امضاء البيع واذا أمضى البيع لم ينتفع بالزيادة فكان الأفضل أن يبيع بالخيار ثلاثا ليكون كل من أراد الزيادة يعلم وقت فواتها فلا يؤخرها (مسئلة) ويباع على المفلس سريره وقبته ومصحفه وخاتمه قاله مالك واختلفوا فى بيع كتبه فقال مالك فى الموازية لاتباع عليه كتب العلم قال وكان غيره من أصحابنا يجيز بيعها فى الدين وغيره وانما هذه المسئلة مبنية على جواز بيعها فان مالكا منع من بيعها فى المدونة وغيرها لان طريقها النظر وليس بمقطوع بصحتها وجوز بيع المصحف لصحة مافيه وقد أباح بيعها الجمهور وقال محمد بن عبد الحكم بيعت كتب ابن وهب بثلاثمائة دينار وأصحابنا متوافرون فما أنكروا ذلك (مسئلة) ولاتؤجر أم ولد المفلس ويؤاجر مدبره وتباع كتابة مكاتبه قاله مالك فى الموازية ووجه ذلك أن أم الولد انما بقى له فيها الاستمتاع وذلك مما لايباع ولايوهب وأما المدبر فان خدمته للمفلس وهو يعود مالا فجاز ان يباع ذلك عليه وكذلك كتابة مكاتبه حق مؤجل يطلب به المكاتب ويصح بيعه فتعلق به حق الغرماء أصل ذلك ماسلم فيه من العروض (مسئلة) ولايجبر المفلس على اعتصار ماوهب لولده ولاعلى الاخذ بشفعة له فيها فضل قاله مالك فى الموازية ووجه ذلك أن هذا تملك ولايجبر على ابتداء الملك بالقبول كما لايجبر على قبول هبة توهب له أو وصية يوصى له بها رواه يحيى بن يحيى عن ابن القاسم فى العتبية فى الصدقة ولو بذل له رجل السلف والعون لم يجبر على قبول ذلك رواه أصبغ عن ابن القاسم (مسئلة) وان ورث أباه فالدين أولى به ولايعتق عليه الا ان يفضل منه شئ عن الدين فيعتق ولو وهب له لعتق ولاشئ فيه للغرماء رواه أبو زيد عن ابن القاسم فى العتبية قال لأنه لم يوهب له ليبيعه الغرماء وانما قصد بذلك العتق (مسئله) والمرأة المديانة تفلس حتى تتزوج فليس لغرمائها أخذ مهرها فى دينهم الا أن يكون الشئ الخفيف كالدينار ونحوه فليس لها أن تقضيهم جميع صداقها وتبقى بلا جهاز لها قاله ابن القاسم فى العتبية ووجه ذلك ان حق الزوج متعلق بالجهاز وعلى ذلك أمره وقد تقدم بيانه فى النكاح (مسئلة) واذا رهق الرجل دين فزعم فى جارية انها أسقطت منه روى عيسى ومحمد بن خالد عن ابن القاسم لايصدق الا أن تقوم بذلك بينة من النساء أو يكون قد فشا هذا قبل ادعائه أو كان يذكر ذلك والا بيعت للغرماء

(الباب الثالث فى ضمان مايتحاص فيه الغرماء من ماله)

المال لايخلو أن يكون عينا أو غير عين فان كان عينا فاما أن يكون قد أوقف لذلك أو بيع له بعض ماوجد له فروى ابن القاسم عن مالك أن ضمانه من الغرماء ورواه عنه ابن وهب ومطرف وروى أشهب عن مالك أن ضمانه من المفلس ووجه ذلك أنه على الصفة التى يصح القضاء فيها ولايحتاج الى القسمة ولذلك كانت من ضمان الغرماء وهذا يصح اذا كانت الديون عينا وكان ماوجد عنده من العين مثله فى صفته فأما ان كان دينه عروضا فقد قال يتحاص بقيمته ويشترى له بذلك مثل عروضه فالذى يحاص به العين فاذلك يصير ضامنا له لأنه من حينئذ تمود بملكه ومن أجله نقل الى

تلك الصفة ان كان يبيع به عرض واذا كان ماله طعاما والدين الذى عليه طعاما فيجب على قول ابن القاسم أن يكون من ضمان الغرماء لأنه على الصفة التى يستحقونها او اعا وقف للقسمة بينهم فكان ضمانه منهم (مسئلة) واذا لم يكن عينا وقف للبيع فالذى روى ابن القاسم عن مالك ان ضمانه من المفلس وروى ابن الماجشون عن مالك ان ضمانه من الغرماء فعلى هذا رواية ابن القاسم عن مالك الغرماء يضمنون العين والمفلس يضمن غيره ورواية أشهب ان المفلس يضمن الجميع حتى يقتسمه الغرماء ورواية ابن الماجشون أن الغرماء يضمنون ذلك كله لما احتج به من انه لم وقف وبسببهم منع ووجه رواية ابن القاسم ان ما كان من جنس حقوق الغرماء فضمانه منهم لانه لم يبق للمفلس به تعلق لأنه من جنس حقوقهم ووجه رواية أشهب ان حق التوفية بقى فيه فكان ضمانه من المفلس قال ابن المواز وقد قال ابن القاسم فلو اشترى من العين سلعة بعد التوقيف لمن ربحها فقال للمفلس يقضى منه دينه قيل له فكيف ربحه له وضمانه من الغرماء فسكت

(الباب الرابع فى حكم المحاصة)

أما حكمها فانه ينظر الى كل دين عليه مؤجل أجله بالفلس ويحاص صاحبه لغرمائه * قال مالك لان الفلس معنى يفسد الذمة فاقتضى حلول الديون كالموت وماله من دين مؤجل فانه يبقى الى أجله ويباع لغرمائه بما يجوز أن يباع به لأن خراب الذمة لا يوجب حلول الديون التى لها وانما يوجب حلول الديون التى عليها كخرابها بالموت (مسئله) اذا ثبت ذلك فلا يخلو أن يكون ما عليه من الديون متماثلا كالعين والمكيل والموزون أو غير متماثل فان كان متماثلا وكان جميعه عينا صير ماله عينا ويقاسمه الغرماء بان يعلم ما لكل واحد منهم فيجمع ثم ينظر كم مقدار ما وجد له من المال مما عليه من الدين فان كان النصف أخذ كل غريم نصف ماله من الدين وأتبعه بالباقى فى ذمته متى أيسر (فرع) وان كان عليه ثياب وعليه مثلها قال محمد بن عبد الحكم يدفع فيما له عليه قال الشيخ أبو محمد يريد ان أصابته بالمحاصة قيمتها وان كان ما عليه من الدين كطعام أو غيره من المكيل أو الموزون فقد قال محمد بن عبد الحكم اذا كان ماله طعاما وعليه مثله دفع الى غرمائه يريد والله أعلم يتحاصون فيه على ما تقدم لأنه من جنس مالهم كالعين (مسئلة) فان كان ماله دراهم وعليه دنانير أو كان ماله دنانير وعليه دراهم فقد قال محمد بن عبد الحكم لا يصرفها الا أن يصرفها من الغرماء بالتسوى برضاهم * قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه ويعنى ذلك عندى انه مما يقرب من دين الغرماء ويجمع اليه فى الزكاة فلا يكون حكمه حكم الحيوان والثياب فى لزوم بيعها وان أراد الغرماء أخذه تحاصوا فيها بصرفها (مسئلة) وان كان ماله عروضا فاشترى بعض الغرماء شيأ مما بيع عليه حوسب به فيما يقع به من المحاصة

(فصل) وان كان ما عليه من الدين غير متماثل مثل أن يكون ما عليه عروض مختلفة الاجناس حيوان وعين فقد قال مالك فى كتاب محمد انه من أفلس وعليه عروض وحيوان أسلم اليه فيها فان المشترى يحاص بقدر ذلك فما حصل له من المال اشترى له به ما شرطه وفى العتبية من سماع عيسى عن ابن القاسم أنه ان كان له طعام من سلم ... فأصاب بذلك ما يشترى له به نصف طعامه فما بلغ ولا يجوز أن يأخذ ما أصابه من المحاصة ... وان اسلم فى وصيف فدفع له ما يشترى به نصف وصيف خير أن يشترى له نصف وصيف ويتبع المفلس بنصف وصيف اذا أيسر وبين أن يتركه حتى يسر صاحبه فيأخذ منه وصيفا كاملا وليس له أن يأخذ ما نابه ويتبعه بنصف وصيف أو يهبه

مابقي الا أن يكون ما أصاب به مثل رأس ماله فأقل فيكون اقالة جائزة قال الشيخ أبو محمد يريد في غير الطعام المسلم فيه (فرع) والاعتبار في القيمة بقيمته يوم المحاصة رواه عيسى عن ابن القاسم وقاله مالك في كتاب محمد ووجه ذلك ان ماله من الدين قد حل وان كان مؤجلا فانما له قيمته ذلك اليوم لانه وقت القضاء (مسئلة) اذا ثبت ذلك فانه يشترى له بتلك القيمة مثل الذى له عليه فان تأخر الشراء حتى غلا سعره أو رخص فانه لا تراجع فيه بينه و بين الغرماء وأما التحاسب بينه و بين المفلس ففي زيادة ذلك أو نقصانه ووجه ذلك أن بالقسمة قد اختص كل واحد من الغرماء بما صار له بالقسمة وصار ذلك مختصا به فزيادته ونقصانه لا يتعلق بسائر الغرماء (مسئلة) واذا اشترى من ماله من السلم اعتبر في ذلك الصفات التى اشترطها في السلم فان كان وصف الطعام بأنه جيد فقد قال محمد بن عبد الحكم يشترى له أدنى ما تقع عليه الصفة وقد قيل أوسط تلك الصفة ومعنى ذلك ما يلزم المسلم اليه من تلك الصفة مع التشاح والله أعلم وأحكم

(الباب الخامس فيما تقع فيه المحاصة)

وأما ما تقع فيه المحاصة فهو كل دين ثابت قد لزم ذمته وقد قال مالك للمرأة أن تحاص غرماء الزوج بصداقها أو ما بقي منه رواه ابن حبيب وغيره عنه وهذا اذا كان قد بنى بها فان لم يبن بها ففي كتاب ابن المواز انها تحاص بجميعه لانه حق تعلق بذمته له اسقاط بعضه بطلاقها وله اثباته باستدامة نكاحها فان طلقها بعد الدخول فلا تأثير لطلاقها في مسئلتنا هذه وان طلقها قبل الدخول فلا يخلو أن يكون لم يدفع اليها شيأ من الصداق أو يكون قد دفع اليها جميعه أو بعضه فان كان لم يدفع اليها شيأ من الصداق حاصت الغرماء بما وجب لها منه وهو نصفه وان كان قد دفع اليها جميعه كان لها نصفه والنصف الثانى دين لها عليه تحاص به الغرماء وان كان دفع اليها نصفه ففي كتاب ابن المواز والعتبية من رواية أصبغ عن ابن القاسم في المطلقة قبل البناء وقد كان نقدها خمسين و بقي لها خمسون مؤخرة وفلس الزوج فلترد نصف النقد وتحاص الغرماء فيما ترد بنصف المهر قال ابن حبيب وهذا اذا طلقها بعد أن أفلس فأما لو طلقها وهو قائم الوجه فقد أوجب لها ما أخذ وتستحقه قبل فلسه فلا يؤخذ منها شئ وأما ان طلق بعد الفلس فجواب ابن القاسم صحيح وهذا الذى قاله محمد فيه نظر و يجب أن يعتبر ومعنى آخر وهو أن يكون نقدها قبل الطلاق أو بعد الطلاق فان كان نقدها قبل الطلاق على وجه استدامة النكاح فهذا انما سلمه اليها على أنه جزء من جميع صداقها فان طلقها بعد ذلك في حال فلسه كان ما قاله ابن القاسم من التراجع وكذلك لو طلقها قبل الفلس فلم يتجز بينهما في ذلك شئ فلا محاصة لان للزوج أن يرجع عليها بنصف ما دفع اليها من المعجل و بقي نصف المؤجل الى أن يجئ أجله وأما ان تقاصا في ذلك ورضي الزوج بترك الرجوع عليها في المعجل فذلك على ما قاله ابن المواز لا يرجع عليها بشئ ولا ترجع هي بشئ لانه لم يدفعه اليها على أنه جزء من صداقها ولا أنه حق لاستدامة النكاح في المستقبل وانما دفعه اليها على أنه جميع ما استحقت عليه فهو بمنزلة أن يكون قضاها دينا لها عليه من معاملة لم يبق له عليها من سببها شئ والله أعلم (مسئلة) ولو صالح الرجل زوجته بعشرة دنانير الى شهر فأفلست حاص الغرماء بها قاله مالك في الموازية لانه دين ثابت له عليها فاذا استوفت ما عاوضت به عنه كما لو باعها ثوبا فبضته (مسئلة) والمطلقة الحامل لا تضرب بنفقة الحمل مع الغرماء وكذلك الزوجة في العصمة لا تضرب بنفقتها مع الغرماء رواه ابن حبيب عن مطرف عن مالك ووجه ذلك انه معاوضة عن دين لم يقبض بعد أو نفقة على ولد وذلك مما لا يحاص به الغرماء لان ديونهم قد تعلقت بذمته واستوفى

أعواضها وأما الزوجة تنفق على نفسها في غيبة الزوج فان كان دون أن يرفع أمرها الى السلطان لم يحاص به الغرماء فان كان ذلك بعد أن رفعت الى الامام فانها تضرب به في الفلس وهل تضرب به في الموت قال ابن القاسم اختلف فيه قول مالك فيه فقال مرة تحاص به في الموت كالفلس وقال مرة تحاص به في الفلس دون الموت واختار ابن القاسم القول الاول ووجهه انه ثابت لازم لذمته لمعنى ماض قد استوفاه تجب المحاصة به في الفلس فوجبت المحاصة له في الموت كسائر الديون ووجه القول الثاني ان ماطريقه النفقات ضعيف لانها تسقط بالاعسار بجملة ولا تتعلق بذمة ولذلك لا يحاص بها وان كانت قد لزمت وثبتت أسبابها (مسئلة) وأما نفقة الولد فقال ابن القاسم لا يضرب بنفقتهم في موت ولا فلس وقال أشهب الولد كالزوجة ووجه قول ابن القاسم انها نفقة لا تجب الا مع اليسار فلا يحاص بها الغرماء كالمستقبل من نفقة الزوجة ووجه قول أشهب ان نفقة الأبوين تلزم ابتداء من غير حكم حاكم فاذا كانت لامر ماض في وقت يلزم الأب النفقة وجب أن يحاص بها كنفقة الزوجة (فرع) فاذا قلنا بقول أشهب فقد قال أصبغ من أنفق عليهم من أم أو أجنبي بأمر سلطان أو بغير أمره والأب يومئذ مليء فانه يضرب بهما في الموت والفلس فان كان الأب يوم الانفاق معسرا فلا شيء للمنفق (مسئلة) وأما نفقة الأبوين فقد روى ابن المواز عن ابن القاسم عن مالك ان نفقة الأبوين لا يضرب بهما في موت ولا فلس قال أصبغ الا أن تكون نفقة الأبوين قد ربت بحكم أو تسلف وهو مليء يومئذ فانها تضرب بها في الموت والفلس ووجه قول مالك يحتمل أن يريد به النفقة المستقبلة وان كان أراد بها الماضية فان وجه ذلك انها على وجه الصلة فاشبهت الهبة التي لم تقبض و ووجه قول أصبغ انه حق ثبت بحكم حاكم واستقر في ذمته فوجب أن يضرب به في ماله كسائر الديون (مسئلة) والمسجون في دين امرأته أو غيرها ليس له أن تكون معه امرأته ولا أن تدخل عليه لانه سجن للتضييق عليه فاذا لم تمنع لذته لم يضيق عليه قاله سحنون ولو سجن الزوجان في حق لم يمنعا أن يجتمعا اذا كان السجن خاليا ولو كان فيه رجال ونساء حبس الزوج مع الرجال وحبست المرأة مع النساء ووجه ذلك انهما مسجونان فلم يقصد لكونهما معه ادخال الراحة عليه والرفق به وانما قصد بذلك استيفاء حق على كل واحد منهما فاذا وجب السجن عليهما لم يمنعا الاجتماع لان التفريق ليس بمشروع وقد روى عن محمد بن عبد الحكم لا يفرق بين الأب والأبوين ولا غيرهما من القرابات في السجن (مسئلة) ولا يمنع المحبوس في الحقوق ممن يسلم عليه ولا ممن يخدمه وان اشتد مرضه واحتاج الى أمة تخدمه وتباشر منه مالا يباشر غيرها وتطلع على عورته فلا بأس أن يجعل معه حيث يجوز ذلك ومن كتاب ابن سحنون ووجه ذلك ان منعه مما تدعوه الضرورة اليه يفضي به الى الهلاك وادخال المشقة العظيمة والعنت عليه وذلك غير لازم في حقه (مسئلة) ويمنع المسجون من الخروج الى الجمعة والعيد ولا يخرج لحجة الاسلام ولا غيرها ولو أحرم بحجة فرض أو نذر أو بحجة حنث بها أو بعمرة ثم قيم عليه بأن حبس لم يكن له أن يحل ويبقى على احرامه من كتاب ابن سحنون ووجه ذلك ان هذه من حقوق الآدميين فليس له اسقاطها بالعبادة لا يفوت وقتها قال ولو ثبت ذلك عليه الدين يوم نزوله بمكة أو منى أو عرفة وهو محرم استحسنت أن يؤخذ منه كفيل حتى يفرغ من الحج ثم يحبس بعد النفر الأول واستحسن اذا اشتد مرض أبويه أو ولده أو أخته أو أخيه ومن يقرب من أقربائه وخيف عليه الموت أن يخرج فيسلم عليه ويؤخذ منه كفيل بالوجه ولا يفعل ذلك به في غيرهم من قرابته روى ذلك كله ابن سحنون وهذا سائغ لمن قال من أصحابنا بالاستحسان فأما القياس والنظر فالمنع من ذلك

ومن أنكر من أصحابنا الاستحسان منع ذلك كله وهو الصواب عندي والله أعلم

(فصل) وقوله أيما رجل باع متاعا فأفلس الذي ابتاعه ولم يقبض الذي باعه من ثمنه شيأ فوجده بعينه فهو أحق به حمل مالك والشافعي هذا اللفظ على وجهه وقالا بذلك في البائع المفلس يجد متاعه فانه أحق به من سائر الغرماء وقال أبو حنيفة لا سبيل له اليه وهو اسوة الغرماء فيه وحديث ابن شهاب ويحيى بن سعيد في هذا الحكم حجة عليه والحديث الأول حديث ابن شهاب من مراسيل أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام وهو مما اتفق على القول بها المالكيون والحنفيون على انه قد أسنده عبد الرزاق عن مالك عن ابن شهاب عن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام عن أبي هريرة وحديث يحيى بن سعيد مسند وهو نص في موضع الخلاف ودليلنا من جهة المعنى ان فلس المبتاع بثمن المبيع مع بقائه على صفته وعدم تعلق حق الغير به يوجب للبائع حق الفسخ ويجعله أحق به ان شاء أصل ذلك قبل القبض (مسئلة) اذا ثبت ذلك ففي هذا ثلاث مسائل احداها بماذا تثبت السلعة للبائع والثانية فيما تثبت فيها لصاحبها والمسئلة الثالثة فيما تثبت فيها للغرماء فأما المسئلة الأولى فيما تثبت فيه السلعة للبائع وأن يقوم له بذلك بينة فان لم تقم له بذلك بينة وقال المفلس هي له ففي كتاب محمد اذا كان على الحق بينة فقال عند التفليس هذا متاع فلان فقيل يكون أولى به من الغرماء زاد ابن القاسم في العتبية يحلف بائع العبد ويكون أحق به ولم يذكر أن تقوم بينة بأصل الحق قال ابن المواز انما يكون ذلك اذا قامت بأصل الحق بينة على اقراره بذلك قبل الفلس وروى عيسى عن ابن القاسم عن مالك ان اقراره لهم بذلك جائز بغير بينة ولعل هذا في الصناع والخلاف فيه واحد يحتمل أن يفرق بينهما بان الدين متعلق بالذمة فلا يتغير في غيرها الا ببينة والصناع لا يتعلق ما سلم اليهم بذممهم وانما يضمنونه ان ضاع على وجه ما وقيل اذا لم يعين الشهود ذلك وانما شهدوا على اقراره بعبد أو سلعة لم يعينها فلا يقبل قوله في تعيينها بعد التفليس وجه القول الأول انه اذا قامت بينة بأصل الحق وافرق بذلك اقرار المفلس له بالعين فانه يقوى حجة البائع لاسيما وليس هناك من يكذب قوله فكان القول قوله مع يمينه والله أعلم ووجه القول الثاني أن البائع مدع في تعلق حقه بعين المبيع ولا يقبل منه ذلك الا ببينة (فرع) فاذا قلنا بالقول الثاني ففي كتاب ابن المواز يحلف الغرماء على علمهم فان نكلوا احلف البائع وأخذها ووجه ذلك ان البينة لما لزمته وعجز عنها احلف الغرماء على ما يعلمون صدقه فيما يقول ويكونون أحق بعين العبد فان نكلوا ردت اليمين عليه وحلف انه العبد الذي باع منه وكان أحق به (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان الذي ثبت فيها لصاحبها انه بالخيار بين أن يأخذ سلعته بعينها وبين تسليمها ويحاص الغرماء بثمنها سواء زادت أو نقصت قاله في العتبية والموازية ابن القاسم وروا ابن حبيب عن مالك وقال الشافعي ليس له الا سلعته ولا سبيل له الى المحاصة بثمنها والدليل على ما نقوله ان السلعة قد ملكها المفلس بالشراء بثمن تعلق بذمته فلما غابت ذمته ودخل الثمن النقص كان للبائع الخيار بين أن يرد البيع ويرجع بسلعته وبين أن ينقده ويحاص بما ثبت له من الثمن وليس في الافلاس معنى يفسخ به البيع حتى لا يكون للبائع الا سلعته (مسئلة) وأما الذي يثبت فيه للغرماء فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون عن مالك ان للغرماء أن يدعوا اليه جميع ثمنها قال ابن الماجشون ولهم أن يدفعوا اليه الثمن من أموالهم أو من أموال المفلس وقال ابن كنانة ليس للغرماء أن يفدوها بأموالهم ولكن يفدوها بثمنها في مال المفلس ان كان له مال وقال أشهب ليس للغرماء أخذها بالثمن حتى يزيدوا على الثمن زيادة يحطونها عن

المفلس من دينهم وتكون لهم السلعة لهم نماؤها وعليهم تواها وفي هذا بابان أحدهما في وجه تصير الملك الى المفلس فيكون المصير أحق بها والثاني في الأموال التي يثبت الحكم فيها فأما الباب الاول فبأي وجه صارت السلعة الى المفلس من وجوه المعاوضة فانه يكون من صيرها اليه أحق بها فمن أصدق امرأته عبدا أوسلعا قبضتها ثم أفلست وقد طلقها الزوج قبل البناء فقد روى عن ابن القاسم الزوج أحق بنصف ماوجد من ذلك ووجه ذلك ان هذا عقد معاوضة فكان هذا حكمه حكم البيع (مسئلة) ومن وهب لثواب فتغيرت عند الموهوب ثم فلس فان الواهب أحق بها كالبيع رواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وقاله ابن القاسم عن مالك قالوا الا أن يعطيه الغرماء قيمتها ووجه ذلك ماقدمناه من أنه عقد معاوضة (مسئلة) ومن اشترى من الغازين شيأ من المغنم ثم فلس فأهل المغنم الذين باعوه أولى بما زاد على قدر سهمه من الغرماء رواه ابن المواز عن أصبغ الا أن يشترط في ذلك شرطا قال وذلك اذا كان شراؤه منهم خاصة بمقدار ماصار له ولهم دون الجيش والحق ثابت عليه لم يحل به بعضهم بعضا عليه فأما ان حيل عليه بما زاد على حقه فالمحال أسوة الغرماء اذا احتال وكذلك اذا لم يشتر من قوم بأعيانهم إذ ليست بسلع لقوم معينين انما هي غنائم يبيعها السلطان للخمس والجيش والمحيل ليس ببائع وانما أحيل بدين فهو وغيره سواء قال ابن المواز لاأدرى من أين قال أصبغ وادّعى أن يكون المحال يقوم مقام من أحاله سواء يكون أحق بما زاد ثمنهم على سهمه على ما كان اشترى يوم الشراء (مسئلة) وأما من اشترى سلعة شراء فاسدا فأفلس البائع ثم فسخ البيع قال سحنون في كتاب ابنه المبتاع أحق بالسلعة حتى يستوفي ثمنها وقال ابن المواز لا يكون أحق بها وقال ابن الماجشون ان كان اشتراها بنقد فالمبتاع أحق بثمنها حتى يستوفي حقه وان اشتراها بدين فهو أسوة الغرماء قال ابن المواز وذلك سواء الا أن يجد ثمنها بعينه فهو أحق به وجه قول سحنون انه لما كان قبضها قبضا بذلك به كان كالرهن بيده فهو أحق بثمنها حتى يستوفي ماله فيها ووجه قول ابن المواز ان البائع انما يكون أحق بعين سلعته التي سلم لا بما سلم اليه فان ذلك يكون فيه أسوة الغرماء (مسئلة) ومن اشترى سلعة فردّها بعيب ثم أفلس البائع فوجد المبتاع السلعة بعينها ففي كتاب ابن المواز عن ابن القاسم لا يكون الرد أحق به وأشار ابن المواز الى أنه انما يكون أحق بما دفع في السلعة المبيعة ان وجده بعينه ووجه ذلك ان الرد بالعيب ليس بمعاوضة وانما هو نقض للبيع والله أعلم

(الباب الأول في وجه تصير الملك الى المفلس فيكون المصير أحق بها)

وأما مايثبت ذلك فيه من المبيعات فذلك ثابت في كل سلعة تعرف بعينها وان كانت مما لا يعرف بعينها فاذا ثبت انها هي سلعته بعينها ففي المدونة من رواية ابن وهب عن مالك فمن اشترى زيتا فخلطه بزيته ثم أفلس فان للبائع أن يأخذ زيته لانها سلعة معينة فكان البائع أحق بها في فلس المبتاع لانه لم يحدث فيها عند المبتاع غير مزجها بما هو مثلها وذلك غير مؤثر في اخراجها عن ملكه ألا ترى ان خلط الرجل ملكه بذلك غيره لا يخرجه عن ملكه وبيعه يخرجه عن ملكه ثم ثبت وتقرر أن البيع الذي ينقل لا يمنع البائع من أخذه لملكه عند فلس المبتاع فبأن لا يمنعه من ذلك المزج أولى وأحرى (مسئلة) وأما الدنانير والدراهم ففي العتبية من روايه سحنون عن أشهب في قوم اكتروا ابلا ودفعوا الثمن ثم فلس الجمال ووجدت دنانير أحدهم بيد الجمال بعينها أشهد عليها ان دافعها لا يكون أحق بها بخلاف السلعة وروى ابن حبيب عن مطرف عن مالك وابن عبد الحكم عن ابن وهب عن

مالك فيمن دفع الى صراف مائة دينار قبضها في كيسه ثم أفلس مكانه ليس ذلك مما يمنع البائع من أخذ ماله * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه ويحتمل عندي أن يكون الجواب الاول مبنيا على أن الدنانير والدراهم لا تتعين والثاني مبنيا على أنها تتعين كالعروض والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله ولم يقبض الذي باعه من ثمنه شيأ فوجده بعينه فهو أحق به يريد ان هذا هو الذي حكمه أن يرجع في عين متاعه ان شاء ولا شئ عليه وأما ان كان قبض من ثمنه شيأ فسيأتي ذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى

(فصل) وقوله وان مات الذي ابتاعه فصاحب الحق فيه أسوة الغرماء يريد ان حكم الموت في ذلك غير حكم الفلس لانه في فلس المبتاع البائع أحق بسلعته وفي موت المبتاع البائع أسوة الغرماء وبهذا قال مالك وقال الشافعي صاحب السلعة أحق بها في الموت والفلس وهما سواء والدليل على مانقوله حديث ابن شهاب عن أبي بكر بن عبد الرحمن أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال وان مات الذي ابتاعه فصاحب المتاع فيه أسوة الغرماء والشافعي يقول بمراسيل سعيد بن المسيب وليست بأصح من مراسيل أبي بكر على أنه قد أسنده عبد الرزاق عن مالك عن الزهري عن أبي بكر بن عبد الرحمن عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم وعبد الرزاق ثقة ودليلنا من جهة المعنى ما احتج به القاضي أبو محمد من أن حظ تقديمه على غيره من الغرماء بعين ماله لاسقاط حق الغرماء وانفراده والفرق بين الفلس والموت ان في الفلس الذمة باقية يرجع الغرماء اليها وينتظرون الاقتضاء منها وفي الموت تبطل الذمة فيكون ذلك اسقاطا لحق باقي الغرماء عن مال قد ملكه غريمهم لا رجوع لهم منه بشئ والله أعلم (مسئلة) وهذا اذا مات المبتاع قبل أن يوقف للبائع سلعته وأما ان مات بعد ذلك فقد روى في العتبية عيسى عن ابن القاسم عن مالك في المفلس السلطان يوقف ماله ويوقف منه سلعة لبائعها منه ثم يموت المبتاع فان السلعة لبائعها اذا وقفها له السلطان وان مات المبتاع قبل أن توقف له فهو أسوة الغرماء وليس ايقاف المال ايقافا له وكذلك لو تعلق بها البائع وأراد أخذها في حياة المبتاع وأبى ذلك الغرماء فانه يكون أحق بها (مسئلة) ومن اشترى سلعة معينة فلم يقبضها حتى مات البائع فالمشترى أحق بها في الموت والفلس وكذلك لو ابتاع منه طعاما على الكيل فلم يكتله حتى مات البائع فالمبتاع أحق به لانه ليس في الذمة ص ﴿ قال مالك في رجل باع من رجل متاعا فافلس المبتاع فان البائع اذا وجد شيأ من متاعه بعينه أخذه وان كان المشترى قد باع بعضه وفرقه فصاحب المتاع أحق به من الغرماء لا يمنعه مافرق المبتاع منه أن يأخذ ماوجد بعينه فان اقتضى من ثمن المبتاع شيأ فأحب أن يرده ويقبض ماوجد من متاعه ويكون فيما لم يجد أسوة الغرماء فذلك له ﴾ ش وهذا على ماقال ان من اشترى سلعا فباع بعضها ثم أفلس فان البائع أحق بما بقى منها من سائر الغرماء وبما يصيبه من الثمن وذلك بمنزلة أن يبيع منه سلعتين ثم يفلس المبتاع فيجد البائع احدى السلعتين وقد فاتت الأخرى فانه يقبض الثمن على قيمتهما ثم يكون له أن يأخذ الباقية بما يصيبها من الثمن ويحاص الغرماء بما يصيب الفائتة من الثمن فان شاء سلم التي وجد وحاص بالثمن كله وقال الشافعي وابن حنبل ليس له أن يرد من الثمن شيأ وانما له أخذ مابقى من سلعته لانه لو قبض جميع الثمن لم يرده ويأخذ السلعة فكذلك ههنا والدليل على مانقوله ان قبضه لجميع الثمن قد سلم به العقد من العيب في أخذ العوضين وأما اذا قبض بعض الثمن وقد أدرك الذمة التي يتعلق بها بقية الثمن عيب الفلس جاز له أن يرد ما أخذه من الثمن يتقسط على المبيع فيدخل

* قال مالك في رجل باع من رجل متاعا فافلس المبتاع فان البائع اذا وجد شيأ من متاعه بعينه أخذه وان كان المشترى قد باع بعضه وفرقه فصاحب المتاع أحق به من الغرماء لا يمنعه مافرق المبتاع منه أن يأخذ ماوجد بعينه فان اقتضى من ثمن المبتاع شيأ فأحب أن يرده ويقبض ما وجد من متاعه ويكون فيما لم يجد أسوة الغرماء فذلك له

البقعة دارا أو نسج الغزل ثوبا ثم أفلس الذى ابتاع ذلك فقال رب البقعة أنا آخذ البقعة وما فيها من البنيان ان ذلك ليس له ولكن تقوم البقعة وما فيها مما أصلح المشترى ثم ينظر كم ثمن البقعة وكم ثمن البنيان من تلك القيمة ثم يكونان شريكين فى ذلك لصاحب البقعة بقدر حصته ويكون للغرماء بقدر حصة البنيان * قال مالك وتفسير ذلك أن تكون قيمة ذلك كله ألف درهم وخمسمائة درهم فتكون قيمة البقعة خمسمائة درهم وقيمة البنيان ألف درهم فيكون لصاحب البقعة الثلث ويكون للغرماء الثلثان * قال مالك وكذلك الغزل وغيره مما أشبهه اذا دخله هذا ولحق المشترى دين لا وفاء له عنده وهذا العمل فيه * قال مالك فأما مابيع من السلع التى لم يحدث فيها المبتاع شيأ الا أن تلك السلعة نفقت وارتفع ثمنها فصاحبها يرغب فيها والغرماء يريدون امساكها فان الغرماء يخيرون بين أن يعطوا رب السلعة الثمن

فيه ضرورة الشركة لانه اذا باع منه عبدا ورجع اليه نصف العبد أو ربعه فقد لحقه ضرورة الشركة وذلك غير لازم له فلذلك كان مخيرا بين أن يرد ما قبض ويرجع فى سلعته أو يسلمها ويحاص بجميع الثمن الغرماء

(فصل) وقوله فان اقتضى من ثمن المبتاع شيأ فأحب أن يرده ويقبض ما وجد من متاعه ويكون فيما لم يجد أسوة الغرماء فذلك له وذلك يكون على وجهين أحدهما أن يجد سلعته كلها وقد قبض بعض ثمنها فان له أن يرد ما قبض ويأخذ سلعته أو يسلمها ويحاص الغرماء بما بقى له من الثمن والوجه الثانى أن يكون قبض بعض الثمن ووجد بعض السلعة فان له أن يرد مما قبض من الثمن بقدر ما يجب من الثمن لما وجد من السلعة ويمسك الباقى ويرجع فيما وجد من سلعته ويمسك بما يصيب ما فات من السلع مما كان قبض من الثمن ويحاص ببقيته الغرماء قال ابن القاسم فيمن باع ثلاثة أرؤس بمائة دينار وقيمة أحدهم نصف الثمن والآخر ثلاثة اعشار الثمن والآخر خمس الثمن فانه يفض المائة على ذلك فان كان قبض من الثمن ثلاثين دينارا افضت على الأرؤس الثلاثة فيصيب الذى قيمته النصف خمسة عشر ويصيب الذى قيمته ثلاثة أعشار تسعة دنانير ويصيب الآخر ستة دنانير فمن مات منهم حسب عليه فيه ما نقص من ثمنه وحاص بما بقى ومن وجد منهم رد ما وقع له وأخذه ان شاء الا أن يعطيه الغرماء بقية ثمنه وحاص بما بقى ووجه ذلك ان ما قبضه من الثمن انما قبضه عن جميع المبيع فيقبض على ذلك فما أصاب منه ما فات حسب له من ثمنه وحاص الغرماء ببقيته وما أصاب منه ما أدرك كان عليه أن يرده ويأخذ عين ماله أو يترك ما أدرك ويحاص بما بقى من ثمنه ص * قال مالك فيمن اشترى سلعة من السلع غزلا أو متاعا أو بقعة من الارض ثم أحدث فى ذلك المشترى عملا بنى البقعة دارا أو نسج الغزل ثوبا ثم أفلس الذى ابتاع ذلك فقال رب البقعة أنا آخذ البقعة وما فيها من البنيان ان ذلك ليس له ولكن تقوم البقعة وما فيها مما أصلح المشترى ثم ينظر كم ثمن البقعة وكم ثمن البنيان من تلك القيمة ثم يكونان شريكين فى ذلك لصاحب البقعة بقدر حصته ويكون للغرماء بقدر حصة البنيان قال مالك وتفسير ذلك أن تكون قيمة ذلك كله ألف درهم وخمسمائة درهم فتكون قيمة البقعة خمسمائة درهم وقيمة البنيان ألف درهم فيكون لصاحب البقعة الثلث ويكون للغرماء الثلثان قال مالك وكذلك الغزل وغيره مما أشبهه اذا دخله هذا ولحق المشترى دين لا وفاء له عنده وهذا العمل فيه قال مالك فأما ما بيع من السلع التى لم يحدث فيها المبتاع شيأ الا أن تلك السلعة نفقت وارتفع ثمنها فصاحبها يرغب فيها والغرماء يريدون امساكها فان الغرماء يخيرون بين ان يعطوا رب السلعة الثمن الذى باعها به ولا ينقصوه شيأ وبين أن يسلموا اليه سلعته وان كانت السلعة قد نقص ثمنها فالذى باعها بالخيار ان شاء أن يأخذ سلعته ولا تباعة له فى شئ من مال غريمه فذلك له وان شاء أن يكون غريما من الغرماء يحاص بحقه ولا يأخذ سلعته فذلك له * ش وهذا على ما قال فى هذه المسئلة فى الذى يبيع البقعة والغزل فيبنى المشترى فى البقعة وينسج الغزل ثم يفلس انما ينظر الى قيمة ذلك كله يوم الحكم فيه رواه عيسى عن ابن القاسم فى المدنية وقال يقوم جميع البنيان جملة ولا يقوم جدارا أو خشبة خشبة وانما يقال ما قيمة هذه الدار مبنية فتعرف قيمتها ثم يقال ما قيمة البقعة براحا بلا بناء فيها فيكونان فيها شركاء صاحب البقعة بقيمة بقعته وصاحب البنيان بقيمة بنيانه ورواه عيسى عن يحيى عن ابن

الذى باعها به ولا ينقصوه شيأ وبين أن يسلموا اليه سلعته وان كانت السلعة قد نقص ثمنها فالذى باعها بالخيار ان شاء أن يأخذ سلعته ولا تباعة له فى شئ من مال غريمه فذلك له وان شاء أن يكون غريما من الغرماء يحاص بحقه ولا يأخذ سلعته فذلك له

نافع وفي المبسوط شرطان أحدهما أن يكون العمل زيادة في المبيع والثاني أن يكون العمل لا يفيته وذلك أن يبيع جلودا فيدبغها المبتاع أو ثيابا فيصبغها أو يقصرها فان البائع يكون له أن يأخذ سلعته ويشارك الغرماء بقيمتها وروى أصبغ عن ابن وهب أنه قال ان ذلك فوت ثم رجع الى هذا وجه القول الاول ان العين قد تغيرت تغيرا لا سبيل ان تعود الى صفتها الاولى فكان ذلك فوتا فيها ووجه القول الثاني ان العين على ما كانت عليه وانما زيد فيها عمل وأضيف اليها معنى كالنسج (فرع) فاذا قلنا بالمشاركة فيما يشاركه قال ابن القاسم يكون الغرماء شركاء بقيمة الصبغ وقيمة النسج في الغزل وقال محمد يكونون شركاء بقدر ما زاد الصبغ وقد قال ابن القاسم في الصباغ يدفع الثوب الى ربه ثم يفلس ربه ان الصباغ يكون شريكا في الثوب بما زاد فيه الصبغ وجه القول الاول ان المشتري قد صنع فيه ما يجوز له وأنفق فيه نفقة فيجب أن يشارك بقيمتها لأن الصناعة التي أحدث فيه المشتري بمنزلة ما أضيف الى الثوب كما لو أخطأ الصباغ بثوب ووجه القول الثاني ان الفلس معنى يثبت في الخيار في رد الثوب الى بائعه فوجب أن يشارك بما زادت قيمة الصبغ والعمل كالرد بالعيب (مسئلة) ومن اشترى زبدا فعمله سمنا أو ثوبا فقطعه قميصا أو خشبة فعملها بابا أو تابوتا أو كبشا فذبحه فقد روى ابن حبيب عن أصبغ ان ذلك كله فوت وليس لبائعه الا المحاصة بخلاف العرصة تبنى والغزل ينسج وروى مطرف وغيره عن مالك في الجلود تقطع نعالا ان ذلك فوت وأما الثياب تقطع فلا أدري والفرق بينه وبين الغزل ينسج ان النسج عمل وصناعة معتادة تزيد في القيمة وأما القطع فيعتبر وهو مما ينقص القيمة في الغالب ولذلك كان فوتا وكذلك من اشترى قمحا فخلطه ثم أفلس كان لصاحب القمح أن يأخذ قمحه ولو خلطه بقمح رديء مسوس مغلوث لكان ذلك فوتا يمنع البائع من أخذه والله أعلم (مسئلة) ومن اشترى ثمر حائط في رؤس النخل ثم فلس المبتاع بعد ان يبس التمر فأراد البائع أخذه بحقه فاختلف قول مالك فيه في العتبية فأجازه مرة ومنعه أخرى وجه القول الاول واليه ذهب أشهب انه أخذ عين ماله وانما تبقى الذريعة الى بيع الرطب بالتمر والزام ذلك بحكم ينفي الذريعة وتبعد التهمة ووجه رواية المنع واليها ذهب أصبغ اثبات حكم الذريعة وان حكم بها حاكم وهذا أصل اختلاف قول مالك واختلفت أقواله وأقوال أصحابه في مسائل تشبه ذلك ويبنى الخلاف في هذه المسئلة أيضا على أصل آخر وهو اختيار البائع أخذ سلعته اذا فلس المبتاع هل هو ابتداء بيع أو نقض للبيع الاول فاذا قلنا انه ابتداء بيع روعي فيه من الذرائع ما يراعى في عقود البيع واذا قلنا انه نقض بيع لم يحتج الى مراعاة ذلك والله أعلم وقد اختلف أصحابنا في عبد أبق ثم أفلس المبتاع ففي العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم له أن يرضى بالعبد ولا شيء له غيره أو يحاص الغرماء وليس له أن يحاص بقيمته على انه ان وجده أخذه ورد ما حاص به وهذا مبني على انه نقض للبيع وروى ابن حبيب عن أصبغ انه ليس لبائع الآبق أخذه بالثمن واختاره ابن حبيب وهذا مبني على انه عقد بيع ولا يجوز شراء الآبق (مسئلة) ومن ابتاع قمحا فزرعه ثم أفلس روى ابن المواز عن أصبغ لا يكون البائع أحق به فأما الذي زرعه فبين انه لا يكون أحق به لان تلك العين التي باعها قد تلفت والقمح الذي نبت عين أخرى وليس في الفوات أبين من هذا وأما منع ذلك في الذي طحن فينبني على أصلين أحدهما انه لا يجوز بيع الحنطة بالدقيق والثاني ارتجاع البائع عين ماله بشراء حادث فلذلك منعه والله أعلم ويحتمل أن يبنيه على ان تفريق الأجزاء مانع من رجوع البائع فيه ومفيت له كقطع الثوب (مسئلة) واذا اختلط ما ابتاعه من قمح أو زيت أو

غيرهما وعرف ذلك ببينة ثم أفلس فان للبتاع أخذه من جملة الطعام قاله مالك وقال الشافعي اذا خلطه فقد فات ولا يكون البائع أحق به والدليل على مانقوله قول النبي صلى الله عليه وسلم أيما رجل أفلس فأدرك الرجل ماله بعينه فهو أحق به من غيره وهذا قد وجد ماله بعينه ومن جهة المعنى ان هذا بائع مدرك لعين ماله فى فلس غريمه فكان أحق به من غيره كما لو لم يخلطه بسواه (مسئلة) ولو اشترى طعاما من جماعة فخلطه ثم أفلس كانوا أحق به من سائر غرمائه قاله أشهب فى العتبية ورواه ابن حبيب عن مطرف عن مالك وكذلك الدنانير يدفعها الرجل الى الصراف يخلطها بكيسه ثم يفلس مكانه والبز يشتريه فيرقمه و يخلطه ببز غيره فليس ذلك مما يمنع البائع من أخذ ماله قاله ابن القاسم ومطرف وابن الماجشون وأشهب وابن عبد الحكم وأصبغ ووجه ذلك ان خلطه بماله لا يمنع البائع من أن يكون أحق به فبان لا يمنع ذلك خلطه بمال بائع أحرى وأولى (مسئلة) وأما ان خلطه بغير جنسه فلا يخلو أن يفسده ذلك أو لا يفسده فان كان ذلك مفسدا له فقد قال أصبغ فمن خلط ما اشترى بغير جنسه مثل أن يخلط زيت الفجل بزيت الزيتون أو القمح بالمغلوث جدا أو المسوس حتى يفسد فان ذلك يفيته وأما ان خلطه بغير جنسه على وجه لا يفسده بل على المعتاد من استعماله له مثل أن يشترى من رجل عسلا ومن آخر حريرة يلتها بالعسل ثم يفلس فقد قال محمد انهما أحق بذلك من سائر الغرماء يتحاصان فى ثمنه بقيمة [illegible] قال ابن القاسم ثم وقف عنها محمد والله أعلم ص ﴿ قال مالك فمن اشترى جارية أو دابة فولدت عنده ثم أفلس المشترى فان الجارية أو الدابة وولدها للبائع الا أن يرغب الغرماء فى ذلك فيعطونه حقه كاملا و يمسكون ذلك ﴾ ش وهذا على ما قال فمن اشترى جارية فولدت عنده ثم أفلس فان البائع أخذها وولدها لانه نماء من جنس العين كالسمن والنماء الحادث فى العين على ضربين نماء من جنس العين كالولد ونماء من غير جنسه كثمر الشجر وصوف الغنم ولبن الأنعم وغلة الدور والعبيد فأما الضرب الاول فان حدث الولد عند المشترى ثم أفلس فان للبائع أخذه مع أمه على ما ذكر أو تركهما مع ولدها ومحاصة الغرماء بجميع الثمن فان لم يجد فلا يخلو أن يكون المشترى باع ذلك أو لم يبعه فان كان باع الأولاد ووجد الأم ففى كتاب ابن المواز عن مالك له أن يأخذ الأم بجميع الثمن أو يسلمها و يحاص الغرماء وقد روى عيسى عن ابن القاسم فى العتبية قال ولا شئ له فى الولد وروى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم عن مالك أنه يقسم الثمن على الأم والولد فيأخذ الأم بحصتها من الثمن ويحاص بما أصاب الأولاد من الثمن ووجه الرواية الأولى ان الولد لم يتناوله البيع وانما كان نماء حدث فان لم يجده فلا شئ له منه كالثمرة واللبن والغلة ووجه الرواية الثانية انه نماء من جنس العين فكان للبائع أخذه وأخذ ثمنه ان كان باعه ولا يجوز اعتباره بالغلة لان الغلة من غير الجنس ولانه لو وجد الولد وحده لكان له أخذه [illegible] الام من الثمن ولو وجد النماء من غير الجنس لم يكن له ذلك فيه (مسئلة) وأما ان [illegible] المشترى الولد ولكنه تلف فان كان تلف على وجه لا عوض فيه كالموت [illegible] ماتت الام وبقى الولد أو مات الولد وبقيت الام [illegible] لا يجوز [illegible] الثمن أو اسلامه [illegible] أفلس فاما أخذ [illegible] كالأمة (فرع) وأما تلف [illegible] مثل بيعه رواه ابن حبيب عن ابن القاسم [illegible] المشترى هو

*وقال مالك فمن اشترى جارية أو دابة فولدت عنده ثم أفلس المشترى فان الجارية أو الدابة وولدها للبائع الا أن يرغب الغرماء فى ذلك فيعطونه حقه كاملا و يمسكون ذلك

الجاني عليه فلم أر فيه نصا وهذا كله اذا أحدث الولد عند المشتري فأما لو بيعا جميعا فهو بمنزلة سلعتين بيعا في صفقة واحدة في وجود من وجد منهما رواه ابن وهب عن مالك

(فصل) وأما ما كان من النماء من غير جنس المبيع فلا يخلو أن يكون موجودا حين البيع أو حدث بعد ذلك فما كان منه موجودا حين البيع على صفة نبينها بعد هذا ان شاء الله تعالى مثل الصوف على ظهور الغنم قال أصبغ فقد حان جزازه فجزه المبتاع ثم أفلس فان كان موجودا وكان على ظهور الغنم لم يجزه فهو للبائع مع الرقاب عند ابن القاسم ولو جزه المبتاع ولم يفت ففي كتاب ابن حبيب عن أصبغ للبائع أخذه مع الغنم وقد روى محمد عن ابن القاسم وان كان قد مات ثم فلس قال أصبغ لا يكون للبائع الا قيمته بقسط الثمن على الصوف ورقاب الغنم يحاص الغرماء بما للصوف من الثمن فكان له أن يأخذ الغنم بباقي الثمن أو يسلمها رواه ابن المواز وابن حبيب عن ابن القاسم ووجه ذلك انه يصح افراده بالبيع فكان له حصة من الثمن كالسلعتين (مسئلة) وأما الثمرة تباع مع الأصل ففي كتاب محمد وكتاب ابن حبيب قد أبرت فيقضي له بحصتها من الثمن وأما ما قبل ذلك فحكمها حكم المبيع لانه لا يجوز افرادها بالبيع ولا حصة لها من الثمن وانما راعى ابن حبيب الابار لانها حينئذ لا تتبع النخل الا بالشرط فكان لها على هذا حصة من الثمن وان فلس المبتاع قبل أن يجد فهو أحق بالأصل والثمرة ما لم يفارق الأصل وقيل ما لم تيبس وروى القولان عن مالك قال ابن القاسم القول الأول هو القياس والثاني هو الاستحسان وهو أحب الي ووجه الأول ما قدمناه قال مالك ما دامت الثمرة في رؤس النخل لم تجد ولم تبع فهي كالولد وهذا على القول الاول جعلها ما دامت متصلة بالأصل كالنماء الحادث فيه من جنسه وأما ان كانت قد جدت فقد قال محمد للبائع قيمة ذلك عند ابن القاسم ويحتمل أن يكون هذا على ما قدمناه من أن لا رتجاع المبيع حكم العقد وهذا ثمر قد انفصل من أصله فوجب عوضا عن ثمرة من ميتة فلم يجد ذلك فرجع فيه الى القيمة (مسئلة) وان لم يكن في النخل عند البيع ثمر ولا على ظهور الغنم صوف ثم استغلها المشتري مدة أعوام ثم أفلس فان البائع يأخذ الأصول ولا شيء له من الغلة وان كانت الثمرة نابتة في الشجر والصوف باق على الغنم ففي العتبية من سماع عيسى عن ابن القاسم ان كان في النخل يوم التفليس ثمر قد طابت فهي للغرماء وكذلك ما حل من غلة دار وروى أصبغ عن ابن القاسم عن مالك ان للبائع أخذها بثمرها ما دامت في النخل وجه القول الاول انه قد جاز افرادها فكان لها حكمها كالتي جدت ووجه القول الثاني أنها ما دامت متصلة بملك البائع وغير مفارقة له فانها لم تزل عن ملكه فكان له استرجاعها في الفلس كنماء الأغصان ما لم يطب من الثمر وصوف الغنم (فرع) وأما الصوف على ظهور الغنم يكون قد تم عند المفلس ففي العتبية أنه للبائع والفرق بينه وبين الثمرة على قول ابن القاسم انه للغرماء ما احتج به من أن الصوف يكون للمشتري بمطلق العقد في بيع الغنم والثمرة المأبورة فلا يكون له بمطلق العقد والله أعلم

﴿ ما يجوز من السلف ﴾

* حدثني يحيى عن مالك عن زيد بن أسلم عن عطاء ابن يسار عن أبي رافع مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال استسلف رسول الله صلى الله عليه وسلم بكرا فجاءته ابل من الصدقة قال أبو رافع فأمرني رسول الله صلى الله عليه وسلم ان أقضي الرجل بكره فقلت لم أجد في الابل الا جملا خيارا رباعيا

﴿ ما يجوز من السلف ﴾

ش ﴿ مالك عن زيد بن أسلم عن عطاء بن يسار عن أبي رافع مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال استسلف رسول الله صلى الله عليه وسلم بكرا فجاءته ابل من الصدقة فقال أبو رافع فأمرني رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أقضي الرجل بكره فقلت لم أجد في الابل الا جملا خيارا رباعيا

فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطه اياه فان خيار الناس أحسنهم قضاء * وحدثني مالك عن حميد بن قيس المكي عن مجاهد انه قال استسلف عبد الله بن عمر من رجل دراهم ثم قضاه دراهم خيرا منها فقال الرجل يا أبا عبد الرحمن هذه خير من دراهمي التي أسلفتك فقال عبد الله بن عمر قد علمت ولكن نفسي بذلك طيبة * قال مالك لا بأس بأن يقبض من أسلف شيأ من الذهب أو الورق أو الطعام أو الحيوان ممن أسلفه ذلك أفضل مما أسلفه اذا لم يكن ذلك على شرط منهما أو وأى أو عادة فان كان ذلك على شرط أو وأى أو عادة فذلك مكروه ولا خير فيه * قال وذلك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى جملا رباعيا خيارا مكان بكر استسلفه وان عبد الله بن عمر استسلف دراهم فقضى خيرا منها فان كان ذلك على طيب نفس من المستسلف ولم يكن ذلك على شرط ولا وأى ولا عادة كان ذلك حلالا لا بأس به

فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطه اياه فان خيار الناس أحسنهم قضاء ﴾ ش قوله استسلف رسول الله صلى الله عليه وسلم بكرا يدل على جواز ثبوت الحيوان في الذمة وانما يضبط بالصفة ولولا ذلك لما جاز ثبوته في الذمة عوضا عما يستقرضه المستقرض لانه لا خلاف ان عليه رد مثل ما استقرض ووافقنا على ذلك أبو حنيفة ومنع منه في السلم وقد تقدم الكلام فيه (مسئلة) والقرض يجوز أن يكون مؤجلا وغير مؤجل فان كان مؤجلا لم يكن للقرض أن يطالبه قبل الأجل وللمستقرض أن يدفعه متى شاء قبل الأجل اذا كان عينا لانه انما أقرضه لمجرد منفعة المستقرض ولا يكون ذلك منفعة للقرض ولو كان له أن يبقيه في ذمة المستقرض الى الأجل لكان في ذلك وجه منفعة يمنع صحة القرض وان كان قد أقرضه عوضا

(فصل) وقوله فجاءته ابل من الصدقة قال أبو رافع فأمرني رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أقضي الرجل بكره لا يخلو أن يكون النبي صلى الله عليه وسلم يقترض البكر لنفسه أو لغيره من أهل الصدقة فان كان اقترضه لنفسه فانه لا تحل له الصدقة وقول أبي رافع له لما جاءته ابل من الصدقة أمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يقضي الرجل بكره يحتمل وجوها أحدها ان ما أمره أن يقضي منه الرجل كان من ابل الصدقة قد بلغ محله ثم صار الى النبي صلى الله عليه وسلم بابتياع أو غيره وان كان أقرضه لاحد من أهل الصدقة جاز أن يقضيه منها كما يستقرض والي اليتيم على ماله غير أنه لا يجوز أن يعطي من أموال المساكين ما هو أفضل مما أخذ لهم الا أن يكون المقرض من أهل الصدقة فيكون فضل الشئ صدقة عليه وليس في الحديث ما يدل على اخراج الزكاة قبل حلولها على قولنا انما استقرض للمساكين وانما فيه ما يدل على أنه استقرض للمساكين من رجل لا تجب عليه صدقة أو تجب عليه الصدقة فيقضيه قرضه كما فعل صلى الله عليه وسلم ويقبض منه ما وجب عليه من الزكاة فلو كان من باب تعجيل الزكاة قبل الحلول لتعجلها ولم يحتج أن يقرض ولو شاء لعجلها اقراضا لما احتاج أن يقضيه عند الاجل ولو تعلق متعلق بأن هذا الحديث يدل على المنع من ذلك لما ذكرناه ما أبعد والله أعلم ويحتمل أن يكون النبي صلى الله عليه وسلم انما يكون له هذا البكر الذي قضاه من ابل الصدقة اما بعد أن بلغ محله وصار لعامل عليها أو غيره من الغارمين أو الفقراء أو أبناء السبيل ممن احتاج الى بيعه وقد روى أبو سلمة عن أبي هريرة أن رجلا تقاضى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأغلظ له فهم أصحابه به فقال دعوه فان لصاحب الحق مقالا واشتروا له بعيرا فأعطوه فقالوا لا نجد الا أفضل من سنه قال اشتروه فأعطوه اياه فان خيركم أحسنكم قضاء ولا يبعد أن يكون ذلك كله في قضية واحدة فحفظ أبو رافع أن أصله من ابل الصدقة وحفظ بعض الرواة عن أبي هريرة الشراء ص

﴿ مالك عن حميد بن قيس المكي عن مجاهد أنه قال استسلف عبد الله بن عمر من رجل دراهم ثم قضاه دراهم خيرا منها فقال الرجل يا أبا عبد الرحمن هذه خير من دراهمي التي أسلفتك فقال عبد الله بن عمر قد علمت ولكن نفسي بذلك طيبة * قال مالك لا بأس بأن يقبض من أسلف شيأ من الذهب أو الورق أو الطعام أو الحيوان ممن أسلفه ذلك أفضل مما أسلفه اذا لم يكن ذلك على شرط منهما أو وأى أو عادة فان كان ذلك على شرط أو وأى أو عادة فذلك مكروه ولا خير فيه * قال مالك وذلك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى جملا رباعيا خيارا مكان بكر استسلفه وان عبد الله بن عمر استسلف دراهم فقضاه خيرا منها فاذا كان ذلك عن طيب نفس من المستسلف ولم يكن ذلك على شرط ولا وأى ولا عادة كان ذلك حلالا لا بأس به ﴾ ش يعني عبد الله بن عمر رضي الله عنه من أسلفه الدراهم

خيرا منها الظاهر انها أفضل فى الصفة على وجه المعروف ولقول النبي صلى الله عليه وسلم فان خيركم أحسنكم قضاء وهذا لا خلاف فى جوازه سواء كانت قيمة تلك الفضيلة كثيرة أو قليلة وهذا ما لم يكن فى مقابلة تلك الفضيلة نقص من وجه آخر مثل أن يسلفه عشرة دنانير رديئة الذهب فيقضيه ثمانية جيدة الذهب أو يكون عنده عشرة دنانير مسكوكة رديئة الذهب فيقضيه عشرة دنانير من التبر الجيد فهذا لا يجوز لانه من باب المعاوضة فيؤدى الى بيع الذهب بالذهب الى أجل لما كان من جنسين (مسئلة) وان كانت الفضيلة فى القدر فلا يخلو أن يكون اقراضه وزنا أو عددا فان كان اقراضه وزنا فلا اعتبار بالعدد ولا يجوز أن يقضيه أكثر من ذلك الوزن الا أن يكون اليسير (مسئلة) فان أقرضه عددا جاز له أن يقضيه مثل ذلك العدد أفضل وزنا مثل أن يقرضه مائة درهم انصافا فيقضيه مائة وازنة لان الفضيلة حينئذ تكون فى الجنس ولا يجوز أن يزيده فى العدد الا الزيادة اليسيرة على ما تقدم ولو قضاه أقل عددا أو أكثر وزنا أو أكثر عددا أو أقل وزنا لم يجز لما قدمناه

(فصل) وقوله لا بأس أن يقبض من الرجل أفضل مما سلفه اذا لم يكن على شرط ولا عادة يريد أنه انما يجوز أن تكون نفسه طيبة بذلك أن يفعله ابتداء من غير أن يشترط عليه أو يجرى من ذلك على عادة يكون القرض من أجلها ولذلك قال الرجل لعبد الله بن عمر هذه خير من دراهمى انكارا لذلك ولو كان ذلك على سبيل الشرط أو لعادة يرجوها لما أنكر أن يدفع اليه أفضل من دراهمه فأما الشرط فلا خلاف فى منعه وأما العادة فقد منع من ذلك مالك أيضا وأما أبو حنيفة والشافعى فيكرهانه ولا يرانه حراما والدليل على صحة ما ذهب اليه مالك ان العادة معنى يتعلق به القصد فوجب أن يمنع زيادته كالشرط ولان المقترض اذا أقرض لهذا الرجاء الذى اعتاده فقد دخل عمله الفساد والتحريم لم يقصد بما أقرضه المعروف الذى هو من مقتضى القرض ولذلك أبدى ابن عمر معنى الجواز فى الزيادة وقال ان نفسى بذلك طيبة وان الزيادة التى زادها لا تعلق لها بشرط ولا عادة وانها مختصة بطيب نفسه ورضاه باسداء المعروف الى من أقرضه والله أعلم

﴿ ما لا يجوز من السلف ﴾

* حدثنى يحيى عن مالك انه بلغه ان عمر بن الخطاب قال فى رجل أسلف رجلا طعاما على أن يعطيه اياه فى بلد آخر فكره ذلك عمر بن الخطاب وقال فأين الحمل يعنى حملانه

ص ﴿ مالك انه بلغه ان عمر بن الخطاب قال فى رجل أسلف رجلا طعاما على أن يعطيه اياه فى بلد آخر فكره ذلك عمر بن الخطاب وقال فأين الحمل يعنى حملانه ﴾ ش قوله رضى الله عنه فى الذى أسلف طعاما على أن يعطيه اياه ببلد آخر فأين الحمل تبيين لوجه المنع ومقتضى التحريم لانه اذا شرط عليه زيادة فى قرضه وذلك متفق على فساده لا سيما فى ماله حمل كالطعام وسائر المتاع ولو لم يكن بينهما شرط فلقيه ببلد غير بلد القرض جاز أن يتفقا على القضاء حيث التقيا رواه عبد الحكم عن مالك وذلك أن هذه زيادة المقترض من غير شرط وقد تقدم أن ذلك جائز (مسئلة) وأما البيع فلا بأس أن يشترط عليه قضاء فى غير بلد التبايع لانه لا يمنع من الازدياد فيه فان لقيه بعد الأجل فى غير ذلك البلد واتفقا على القضاء فيه جاز ذلك اذا أخذ مثل الذى لا يجوز ذلك قبل الأجل قاله مالك ووجه ذلك أنه يدخله قبل الأجل حط عنى الضمان وأزيدك أو ضع وتعجل (مسئله) فان كان القرض فى دراهم مثل الصفائح التى يدفعها رجل لآخر على وجه السلف ليقضيه اياها ببلد آخر فالمشهور من مذهب مالك المنع وروى أبو الفرج الجواز (مسئلة) وأما فى البيع فيجوز أن يشترط عليه القضاء ببلد آخر ولا يخلو أن يضرب لذلك أجلا أو لا يضرب أجلا فان ضرب لذلك أجلا جاز

* وحدثني مالك أنه بلغه أن رجلا أتى عبد الله بن عمر فقال يا أبا عبد الرحمن اني أسلفت رجلا سلفا واشترطت عليه أفضل مما أسلفته فقال عبد الله بن عمر فذلك الربا قال فكيف تأمرني يا أبا عبد الرحمن فقال عبد الله السلف على ثلاثة وجوه سلف تسلفه تريد به وجه الله فلك وجه الله وسلف تسلفه تريد به وجه صاحبك فلك وجه صاحبك وسلف تسلفه لتأخذ خبيثا بطيب فذلك الربا قال فكيف تأمرني يا أبا عبد الرحمن قال أرى أن تشق الصحيفة فان أعطاك مثل الذي أسلفته قبلته وان أعطاك دون الذي أسلفته فأخذته أجرت وان أعطاك أفضل مما أسلفته طيبة به نفسه فذلك شكر شكره لك ولك أجر ما أنظرته * وحدثني مالك عن نافع انه سمع عبد الله بن عمر يقول من أسلف سلفا فلا يشترط الا قضاءه * وحدثني مالك انه بلغه أن عبد الله بن مسعود كان يقول من أسلف سلفا فلا يشترط أفضل منه وان كانت قبضة من علف فهو ربا

وحيثما لقيه عند انقضاء الأجل كان له أن يأخذه بماله عليه ولم يكن لمن عليه الدين الامتناع من القضاء لما شرط من البلد ووجه ذلك أن الدنانير والدراهم هي مما يقوم بها ولا تقوم بغيرها واذا لم يكن لها قيمة لم تختلف باختلاف البلدان وانما تختلف باختلاف الوزن والجنس وقد لزم منه ما لا يغير وأما سائر المبيعات فتختلف قيمتها باختلاف البلاد فلم يكن على من عليه الدين منهما أن يقضي بغير ذلك البلد وقوله فأين الحمل يريد انه قد ازداد عليه بالقرض الحمل اذا اشترط ذلك عليه وقد روى عنه انه قال فأين الحمل وروى ابن مزين عن مالك انه قال أراد به الضمان والحمل يريد والله أعلم مؤنة الحمل والضمان في مدته مع ما في ذلك من الغرر ولم يمنع الضمان في مدة الاقتراض من صحة القرض لان ذلك مقتضى الانتفاع بما اقترضه المقترض وأما ضمانه في مدة الحمل من بلد الى بلد فأمر ثابت بالشرط وزيادة لها قدر والله أعلم ص ﴿ مالك أنه بلغه أن رجلا أتى عبد الله بن عمر فقال يا أبا عبد الرحمن اني أسلفت رجلا سلفا واشترطت عليه فضل مما أسلفته فقال عبد الله بن عمر فذلك الربا قال فكيف تأمرني يا أبا عبد الرحمن فقال عبد الله بن عمر السلف على ثلاثة أوجه سلف تسلفه تريد به وجه الله فلك وجه الله وسلف تسلفه تريد به وجه صاحبك فلك وجه صاحبك وسلف تسلفه لتأخذ خبيثا بطيب فذلك الربا قال فكيف تأمرني يا أبا عبد الرحمن قال أرى أن تشق الصحيفة فان أعطاك مثل الذي أسلفته قبلته وان أعطاك دون الذي أسلفته فأخذته أجرت وان أعطاك أفضل مما أسلفته طيبة به نفسه فذلك شكر شكره لك ولك أجر ما أنظرته * مالك عن نافع أنه سمع عبد الله بن عمر يقول من أسلف سلفا فلا يشترط الا قضاءه * مالك أنه بلغه أن عبد الله بن مسعود كان يقول من أسلف سلفا فلا يشترط أفضل منه وان كانت قبضة من علف فهو ربا ﴾ ش قول الرجل اني أسلفت سلفا واشترطت عليه أفضل مما أسلفته ومجاوبة ابن عمر له على هذا قبل أن يستفسر وجه الفضيلة بانه ربا دليل على ان سائر أنواع الفضيلة من الزيادة في الوزن أو الجودة أو على أي وجه كانت الفضيلة تمنع صحة القرض

(فصل) وقوله فما تأمرني يا أبا عبد الرحمن طلبا للخروج مما وقع فيه واسترشادا لما يتخلص به من الربا الذي تورط فيه بغير علم فقال له ابن عمر السلف على ثلاثة أوجه سلف تريد به وجه الله فلك وجه الله يريد بذلك ما لمن أراد وجه الله من الثواب وسلف تريد به وجه صاحبك يريد انك تقصد به استرضاءه وتطييب نفسه فلك وجه صاحبك يريد والله أعلم أن لك رضاءه وطيب نفسه وهذان الوجهان ليس فيهما ازدياد والثالث أن تسلف أخاك لتأخذ خبيثا بطيب يريد ما سأله عنه هذا السائل من شرط الزيادة فيأخذ ما يحرم عليه وهذا الخبيث عوضا عن الطيب وهو الحلال الذي أعطاه لأنه كان طيبا قبل أن يقرضه على وجه الربا فجاوبه ابن عمر بتبيين وجه تحريم ما أخبره عن تحريمه وفصل له وجوه السلف ليكشف له عن معانيها ويبين له طيبها من خبيثها

(فصل) ثم قال له أرى أن تشق الصحيفة يريد أن يبطل الشرط الذي ثبت في الصحيفة ولا يعتمد الطلب له بل يعتقد اسقاط الشرط جملة وكذا من أسلف رجلا وشرط عليه زيادة وكان قرضه مؤجلا كان له أن يبطل القرض جملة لتعذر استيفائه للشرط الذي شرطه ويعجل قبض ماله والافضل له أن يسقط الشرط ويبقيه على أجله دون شرط وان كان غير مؤجل كان له أن يأخذ ماله ويبطل شرطه

(فصل) وقوله فان أعطاك مثل الذي أسلفته قبلته وهو الذي يلزمه وليس لك غيره وان أعطاك دون الذي أعطيته فأخذته أجرت ندب الى الخير والتناهي في الرجوع عن الشرط وذلك ان شاء

أن لا يأخذ أدون من الذي أعطى كان له ذلك لكنه ان سامح وتجاوز وأخذ أدون مما أعطى فذلك أعظم لأجره لأنه يضيف الى أجل القرض أجل التجاوز

(فصل) فان أعطاك أفضل مما أعطيته طيبة به نفسه يريد أن لا يعطيك من أجل شرطك وذلك يقتضي انه يلزمه أن لا يطلبه بذلك الشرط وانه قد أبطله وتركه وان زاده بعد ذلك فانه يزيده شكرا له ولا يبطل بذلك أجرما أنظره

(فصل) وقول ابن عمر فلا تشترط الاقضاء يريد أن لا يشترط زيادة ولا منفعة ولا شيأ الاقضاء مثل ما أعطى قال ابن مسعود لا يشترط أفضل منه يريد زيادة عليه ولو كان قبضة من علف يريد قليل ذلك وكثيره ثم اعلم ان شرط زيادة وان كانت يسيرة فانها ربا ولا خلاف ان الزيادة ربا ولكن انما أراد به انها من جملة الربا المنهى عنه لأن هذا اللفظ اذا أطلق فى الشرع فظاهره الزيادة الممنوعة ولذلك قال الله تعالى وأحل الله البيع وحرم الربا والبيع لا يخلو من الزيادة فى الاغلب ولكن لفظ الربا يختص بالممنوع ص ﴿ قال مالك الامر المجتمع عليه عندنا أن من استسلف شيأ من الحيوان بصفة وتحلية معلومة فانه لا بأس بذلك وعليه أن يرد مثله الا ما كان من الولائد فانه يخاف فى ذلك الذريعة الى احلال ما لا يحل فلا يصلح وتفسير ما كره من ذلك أن يستسلف الرجل الجارية فيصيبها ما بدا له ثم يردها الى صاحبها بعينها فذلك لا يصلح ولا يحل ولم يزل أهل العلم ينهون عنه ولا يرخصون فيه لأحد ﴾ ش وقوله من استسلف شيأ من الحيوان بصفة وتحلية معلومة فلا بأس به يريد ان يكون ما استسلفه معلوم الصفة والحلية ليتمكن من رد مثله ولو كان مجهول الصفة لتعذر عليه أن يرد مثله وهو قول مالك والشافعي وجمهور الفقهاء الا ما روى وقد تقدم ذكره وقوله الا ما كان من الولائد فانه يخاف من ذلك الذريعة الى احلال ما لا يحل يريد انه لا يحل قرض الجوارى وبه قال أبو حنيفة والشافعي وجمهور الفقهاء وروى عن المازنى اباحة ذلك ووجه ذلك ما احتج به من حظر الفروج ومعلوم ان من استقرض شيأ كان له أن يرده متى شاء بعد أخذه بساعة أو أكثر من ذلك وان كان قد انتفع به ما كان على صفته فمن أراد الاستمتاع بجارية غيره اقترضها منه فوطئها ثم ردها اليه من ساعته وهذه اباحة للفروج المحظورة (مسئلة) وقال محمد بن عبد الحكم يجوز ذلك اذا كانت ذات محرم للمستقرض مثل ان تكون أمه أو أخته من الرضاعة أو عمته أو خالته من النسب لأنه يسلم مما قاله وعلى هذا الذى قاله يجوز للنساء استقراض الجوارى وانما يحرم ذلك على الرجال خاصة والله أعلم (فرع) فان اقترض رجل ممن ذكرنا منعه منها فلا خلاف عن مالك ومن قال بقوله فى المنع من ذلك ان الجارية ترد بعينها ما لم يطأها ويفسخ القرض واختلفوا اذا وطئها فقال مالك تفوت بالوطء وتكون الجارية للمستقرض وتلزمه قيمتها وقال الشافعي يردها ويرد معها صداقها وان حملت ردها بعد الولادة وقيمة ولدها حيا يوم الولادة ويرد معها ما نقصتها الولادة وان ماتت لزمه مثلها فان عدم مثلها فعليه قيمتها والدليل على صحة ما نقوله أن عقود التمليك تفوت عند نامع بقاء الاعيان ولما دفع صاحب الجارية الجارية على وجه التمليك فاتت بالوطء الذى منع القرض من أجله فلو أجزنا له ردها لكنا قد أتممنا القرض الفاسد والمقصود الممنوع منه فلما وجد معنى المنع وفات ردها بذلك أوجبنا له قيمتها واذا أوجبت قيمتها بطل جميع ما أوجبه بعد الوطء من قيمة الولد وغير ذلك لان القيمة انما تلزمه يوم قبضها

قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا ان من استسلف شيأ من الحيوان بصفة وتحلية معلومة فانه لا بأس بذلك وعليه ان يرد مثله الا ما كان من الولائد فانه يخاف فى ذلك الذريعة الى احلال ما لا يحل فلا يصلح وتفسير ما كره من ذلك أن يستسلف الرجل الجارية فيصيبها ما بدا له ثم يردها الى صاحبها بعينها فذلك لا يصلح ولا يحل ولم يزل أهل العلم ينهون عنه ولا يرخصون فيه لأحد

﴿ ماينهى عنه من المساومة والمبايعة ﴾

ص ﴿ قال مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لايبع بعضكم على بيع بعض وقال مالك عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لاتلقوا الركبان للبيع ولايبع بعضكم على بيع بعض ولاتناجشوا ولايبع حاضر لباد ولا تصروا الابل والغنم فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها ان رضيها أمسكها وان سخطها ردها وصاعا من تمر * قال مالك وتفسير قول رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما نرى والله أعلم لايبع بعضكم على بيع بعض أنه انما نهى أن يسوم الرجل على سوم أخيه اذا ركن البائع الى السائم وجعل يشترط وزن الذهب ويتبرأ من العيوب وما أشبه ذلك مما يعرف به أن البائع قد أراد مبايعة السائم فهذا الذي نهى عنه والله أعلم * قال مالك ولا بأس بالسوم بالسلعة توقف للبيع فيسوم بها غير واحد قال مالك ولو ترك الناس السوم عند أول من يسوم بها أخذت بشبه الباطل من الثمن ودخل على الباعة في سلعهم المكروه ولم يزل الأمر عندنا على هذا ﴾ ش قول النبي صلى الله عليه وسلم لايبع بعضكم على بيع بعض يريد والله أعلم لايشتر والعرب تقول اشتريت وشريت بمعنى بعت قال الله تعالى وشروه بثمن بخس دراهم معدودة وكانوا فيه من الزاهدين وقال ولبئسما شروا به أنفسهم لو كانوا يعلمون قاله ابن حبيب وقال انما النهي للمشتري دون البائع ونحو هذا روى أبو عبيد عن أبي عبيدة وأبي زيد قال أبو عبيدة ليس للحديث وجه غيره عندي لان البائع لا يكاد يدخل على البائع وانما المعروف أن يزيد المشتري على المشتري وأنشد بعضهم للحطيئة * وبعت لذبيان العلاء بمالكا * يريد اشتريت * قال القاضي أبو الوليد وعندي انه يحتمل أن يحمل اللفظ على ظاهره فيمنع البائع أيضا من أن يبيع على بيع أخيه اذا كان قد ركن المشتري اليه ووافقه في ثمن سلعته ولم يبق الا تمام العقد فيمنع من يصرفه عن ذلك بان يعرض عليه غيره على غير وجه الارخاص عليه وانما حمل ابن حبيب على ما قاله لان الارخاص مستحب مشروع فاذا أتى من يبيع بأرخص من بيع الاول فلا منع في ذلك عنده والله أعلم وقد منع من تلقي السلع وذلك ارخاص على متلقيها غير ان فيها اغلاء على أهل الأسواق التي هي أعم نفعا للمساكين والضعيف الذي لايقدر على التلقي

(فصل) وقوله على بيع أخيه يريد المسلم ولم يجعل ذلك شرطا فيما يمنع من البيع على بيعه وانما ذلك لاظهار قبح فعله ولذلك ذكره بالاخوة التي تمنع المقابحة ولو كان الذي ركن الى بيعه يهوديا أو نصرانيا فانه لايزاد عليه قاله مالك في كتاب ابن المواز وبه قال أبو حنيفة والشافعي وجوز ذلك الأوزاعي والدليل على مانقوله ان هذا له عهد وذمة كالمسلم أيضا فان كل حكم بين مسلم وذمي فانه يكون على حكم الاسلام (مسئلة) فان وقع وسام رجل على سوم أخيه روى ابن حبيب عن مالك يستغفر الله ويعرضها على الاول بالثمن زاد أو نقص فان شاء أخذ وان شاء ترك وروى سحنون عن ابن القاسم في العتبية لايفسخ وأرى أن يؤدب وقال غيره بل يفسخ ذلك وجه قول مالك يؤدب يريد لمن يعصي بهذا الفعل الى الاستغفار مما يؤديه لمن منعه منه وظلمه فيه وزاد ابن القاسم انه يعاقب بالأدب ولعله يريد من تكرر ذلك منه بعد الزجر ووجه قول الغير يفسخ أن قول النبي صلى الله عليه وسلم نهى عنه والنهي يقتضي فساد المنهي عنه (فرع) فاذا قلنا بقول مالك يعرضها على الاول فان كان

عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لايبع بعضكم على بيع بعض * وحدثني مالك عن أبي الزناد عن الاعرج عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تلقوا الركبان للبيع ولا يبع بعضكم على بيع بعض ولا تناجشوا ولا يبع حاضر لباد ولا تصروا الابل والغنم فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها ان رضيها أمسكها وان سخطها ردها وصاعا من تمر * قال مالك وتفسير قول رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما نرى والله أعلم لايبع بعضكم على بيع بعض انه انما نهى أن يسوم الرجل على سوم أخيه اذا ركن البائع الى السائم وجعل يشترط وزن الذهب ويتبرأ من العيوب وما أشبه ذلك مما يعرف به ان البائع قد أراد مبايعة السائم فهذا الذي نهى عنه والله أعلم * قال مالك ولا بأس بالسوم بالسلعة توقف للبيع فيسوم بها غير واحد قال ولو ترك الناس السوم عند أول من يسوم بها أخذت بشبه الباطل من الثمن ودخل على الباعة في سلعهم المكروه ولم يزل الأمر عندنا على هذا

الثاني أنفق عليها نفقة زادت له أعطاه النفقة مع الثمن فان نقصت فان شاء أخذ المبيع ولا شيء له وان شاء ترك رواه ابن حبيب عن مالك ومن بقي من أصحابه ووجه ذلك ان هذه النفقة ان كانت باقية كان للاول العوض منها وان كانت قد تلفت ولم تؤثر زيادة فلا شيء له منها وهذا وجه يتلخص مما دخل فيه والله أعلم

(فصل) وقول مالك ان معنى ذلك أن لا يسوم الرجل على سوم أخيه اذا كان قد ذكر البائع الى السائم مما يعرف به انه قد أراد مبايعته ظاهره يقتضي ان البيع في الحديث بمعنى الشراء ويبين ان المنع انما يتعلق بحالة الاتفاق دون أثناء المساومة ووقت الاختلاف وهو على ما قال ولا خلاف فيه ولو منع من السوم على سوم متاع مع تباين ما بينهما وتباعدهما لفسدت بذلك حال كل بائع فما كان أحد شاء أن يمنعه من بيع السلعة الا ساومه بها وأعطاه عشر ثمنها فاذا خرج على غير المساومة بها بما تقدم منه كان في ذلك ضرر بين البائع ومنع من بيع سلعته الا باليسير من ثمنها ممن يمنع من بيعها من غيره من أجل مساومته وهذا الاخلاف في منعه (مسئلة) وهذا في بيع المساومة وأما في بيع الزيادة في الواضحة انه خارج عما نهي عنه من السوم على سوم أخيه وقد استحب مالك للسلطان فيما يبيع على مفلس أو ميت أن يتأنى ثلاثا عسى زائد ان يزيد وفي بيع العقار ينادي عليه الشهرين والثلاثة بصفته ونعته وتسمية ما فيه فاذا بلغ منتهاه على أحد استأناه ثلاثا قبل الايجاب يكون فيه الخيار للسلطان لا للمبتاع فان زيد عليه قبله والا لزمه فاذا أوجبه ثم جاء من يزيد لم تقبل زيادته وهذا معنى صحيح وبيع المساومة أن يقف الرجل بسلعته يسوم بها من يريد شراءها أو يجلس بها في حانوت أو مكان فمن مر به ساومه عليها فهذا اذا ركن الى المتاع فهو الذي نهي أن يدخل على بيعه أحد لانه انما نهي أن يبيع سلعته على المساومة ومن فارقه ولم يوجبه أو رد ما أعطاه من السوم ثم أراد أن يلزمه البيع لم يكن له ذلك وبيع المزايدة هو الرجل يعرض سلعته في السوق يمشي بها على من يشتري تلك السلعة ويطلب زيادة من يريد فيها فهذا لا يمنع أحد من الزيادة فيها قبل الايجاب ويلزم من زاد فيها شراؤها بما زاد وان فارقه بغير الايجاب لانه انما أراد على انه ان زاد غيره عليه والا فهي له بما زاد فيها فاذا أوجب الايجاب له لم تقبل عليه زيادة

(فصل) وقوله ولا تلقوا الركبان يحتمل أن يريد صلى الله عليه وسلم تلقي من يجلب السلع فيبتاع منهم قبل ورودأسواقها ومواضع بيعها وسواء كان التلقي فيما بعد عن موضع البيع أو قرب قال ابن حبيب عن مالك وأصحابه وان كان على مسيرة يوم أو يومين من الحاضرة ووجه ذلك ان هذا فيه مضرة عامة على الناس لان من تلقاها أو اشتراها غلاها على الناس وانفرد ببيعها فمنع من ذلك ليصل بها موجبها الى البلد فيبيعونها في أسواقها فيصل كل أحد الى شرائها والنيل من رخصها (مسئلة) وكذلك فيما قرب وقد سئل مالك عن خروج أهل مصر الى الاصطبل مسيرة ميل ونحوه أيام الأضحى يتلقون الغنم فيشترونها قال هذا من التلقي وكذلك غير الضحايا من ترد سودها رواه ابن المواز عن مالك ووجه ذلك أن هذا تلقي يمنع من وصول ما جلب الى سوق بيعه فكان ممنوعا منه كالبعيد (مسئلة) وهذا فيما جرت العادة بتبليغه الأسواق ولا مضرة في ذلك فأما ما كان يضر بالناس تبليغه الأسواق كالفواكه والثمار التي يلحق أهل الأصول ضرر بتفريق بيعها ومحتاجون الى بيعها جملة ممن يجلبها أو ينتابها في أصلها ويدخلها الى الأمصار والقرى بقدر ما يأتي له من بيعها فقد روى ابن القاسم عن مالك في العتبية في الأجنة التي تكون حول الفسطاط من نخيل وأعناب يخرج اليها التجار فيشترونها

ويحملونها في السفن الى الفسطاط للبيع لابأس بذلك وقال في سماع أشهب هو من التلقي وقال أشهب لابأس به وليس من التلقي وفي كتاب ابن المواز عن مالك في التجار يشترون الغنم من الريف فيسيرون على مثل ميل من الفسطاط في مراعيها ويشتد عليهم ادخالها كلها أو يكون ذلك أرفق بهم فيبيعونها فيدخلها المشترى قليلا قليلا أخاف أن يكون من التلقي وقال في العتبية أراه من التلقي وجه القول الأول ماقدمناه من ان هذا وجه بيع الجلاب لها وتلحقه المضرة في أخذه بادخالها ويؤدّى ذلك الى افسادها وتغيرها وطول مقامه عليها (مسئلة) وماأرسى بالساحل من السفن بالتجار فلا بأس أن يشترى منهم الرجل الطعام وغيره فيبيعه بها الا أن يقصد الضرر والفساد فلا يصلح لانه من باب الحكرة و وجه ذلك ان هذا منتهى سفر الوارد فلا يكلف سفرا آخر لان ذلك مضر به كما لو كان السفران في البر وهذا على ثلاثة أضرب أحدها ماقدمناه وهو أن يخرج الى السلع فيتلقاها ويشتريها قبل أن تبلغ أسواقها والثاني أن يرد خبرها قبل أن ترد فيشتريها من بلغه ذلك قبل وصولها والثالث أن تمر بمنزله قبل أن تصل الى أسواقها وقد تقدم الكلام في الضرب الاول وأما الضرب الثاني فقد روى ابن المواز عن مالك فيمن جاءه طعام أو بز أو غيره فوصل اليه خبره وصفته على مسيرة يوم أو يومين فيخبر بذلك فيشتريه منه رجل فلا خير فيه وهذا من التلقي و وجه ذلك ماقدمناه من انه شراء السلع قبل وصولها الاسواق وانما الاعتبار على هذا بوصول السلع و وصول بائعها ولو وصلت السلع السوق ولم يصل بائعها فخرج اليه من يتلقاه ويشتريها منه قبل أن يهبط الى الاسواق ويعرف الاسعار فلم أر فيه نصا وعندى انه من التلقي الممنوع والله أعلم (مسئلة) وأما اذا مرت بمنزله قبل أن تصل أسواقها فلا يخلو أن يكون منزله خارج المصر أو بطرف المصر ما بينه وبين السوق فان كان خارج المصر مثل أن يكون بقرب به ففي الموازية عن مالك فيمن مرت به السلع ومنزله بقرب المصر الذى هبط اليه بتلك السلع ومن على ستة أميال من المدينة ومثل العقيق من المدينة فله أن يشترى منها للأكل وللقنية أو ليلبس أو ليضحى أو يهدى ونحوه فأما للتجارة فلا ولا يبتاعها من مرت بباب داره في البلد وان لم يرد التجارة (فرع) وهذا فيما كان له سوق قائم من السلع ومالم يكن له سوق فاذا دخلت بيوت الحاضرة والأزقة جاز شراؤها وان لم تبلغ السوق رواه ابن حبيب عن مالك وأصحابه (مسئله) واذا بلغت السلعه موقفها ثم انقلب بها بائعها ولم تبع أو باع بعضها فلا بأس أن يشتريها من مرت به أو من دار بائعها من النواحى و وجه ذلك انه قد خرج عن حد الجالب ببلوغه السوق وعرضها بها السلع وانتقل الى حكم المحتكر وذلك مباح يشترى منه حيث شاء

(فصل) اذا ثبت ذلك من منع التلقي من انسان فلمالك في ذلك قولان في الموازية روى عنه ابن القاسم أنه ينهى فان عاد أدب ولا ينزع منه شئ وهو اختيار أشهب وروى عنه ابن وهب ينزع منه ما ابتاع فتباع لأهل السوق واختاره ابن المواز أن يرد مشتراه ويرد على بائعها وبه قال ابن حبيب وجه رواية ابن القاسم أن البيع قد لزم ولم يتعلق بالرجوع فساد يمنع صحته فانما يتعلق بالتلقي الخرج لمن فعله وذلك لا يوجب [illegible] ووجه رواية ابن وهب [illegible] لأهل الأسواق حظا فيما اشتروه كالو حضروا مساومته [illegible] أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عنه وما نهى عنه فهو مردود [illegible] (فرع) فاذا قلنا برواية ابن وهب فقد روى [illegible] لأهل السوق [illegible] وما كان

من وضيعة فعليه وان قلنا برواية الفسخ فقد قال ابن المواز ترد على بائعها فان فات أمر من يقوم ببيعها لصاحبها وقال ابن حبيب ان فات بائعها فان كان المتلقي لم يتعد ذلك تركت له وزجر وان كان اعتاد ذلك وتكرر فان كان لها سوق وقوم راتبون لبيعها فلهم أخذها بالثمن أو تركها له وان لم يكن لها أهل راتبون عرضت في السوق بثمنها العامة الناس فان لم يوجد من يأخذها بذلك تركت له وقد روى ابن المواز عن ابن القاسم أرى أن يشترك فيها التجار وغيرهم ممن يطلب ذلك ويكون كأحدهم وقاله عبد الله بن عبد الحكم وزاد بالحصص بالثمن الأول وجه قول محمد ان فسخ العقد يقتضي أن يرجع الى ملك البائع فان كان حاضرا أخذها وان كان غائبا قدم له من يبيع عنه ويحتمل أن يريد ان كانت زيادة فله وان نقصا فعليه لانه قد فعل المحظور في بيعه قبل أن يبلغ السوق وقد روى في العتبية أبو زيد عن ابن القاسم فيمن قدم بقمح من الاسكندرية فقال حين خرج ان وجدت بيعا في الطريق والا بلغت الفسطاط قال لا يبيع في الطريق ويبيع بالفسطاط الا أن ينوي قرية بها سوق فلا بأس ببيعه فيها فثبت ان البائع ممنوع من البيع قبل بلوغ الأسواق ومواضع البيوع ووجه قول ابن حبيب ان البيع لا يفسخ لفساده وانما يفسخ لتعلق حق الغير به فان كان صاحبه حاضرا فسخ لامكان ذلك فيه وان غاب فسخه بفوات بائعه عرض على من له فيه حق فان لم يرده ترك له (فرع) قال ابن حبيب ويعاقب من تكرر منه تلقي السلع بما يراه الامام من سجن أو ضرب أو اخراج من السوق قال ابن المواز لا يطيب للمتلقي ربح ما تلقى فلا أحب أن يشتري من لحم ما تلقى وروى عيسى عن ابن القاسم في العتبية انه قيل له أيتصدق بالربح فقال ليس بحرام ولو فعل ذلك احتياطا لم أر به بأسا

(فصل) وقوله ولا تناجشوا سيأتي ذكره بعد هذا وقوله ولا يبيع حاضر لباد فيه ثلاثة أبواب * الأول منها في تعيين البادي الذي يمنع من البيع له * والثاني في التصريف الذي يمنع له * والباب الثالث في حكم البيع له اذا وقع

(الباب الأول في تعيين البادي الذي يمنع من البيع له)

أما البادي الذي منع من البيع له فان أهل البوادي ضربان ضرب أهل عمود وضرب أهل منازل واستيطان فأما أهل العمود فلا خلاف في انهم مرادون بالحديث قال ابن المواز عن مالك في النهي عن بيع الحاضر للبادي هم الاعراب أهل العمود لا يباع لهم ولا يشترى عليهم والأصل في ذلك الحديث في النهي عن ذلك ومن جهة المعنى انهم لا يعرفون الاسعار فيوشك اذا تناولوا البيع لأنفسهم استرخص منهم ما يبيعون لان ما يبيعونه أكثره لا رأس مال لهم فيه لانهم لم يشتروه وانما صار اليهم بالاستغلال فكان الرفق بمن يشتريه أولى مع ان أهل الحواضر هم أكثر الاسلام وهي مواضع الأئمة فيلزم الاحتياط لها والرفق بمن يسكنها (مسئلة) وأما أهل القرى فقد قال ابن المواز عن مالك انه لم يرد بالنهي عن ذلك أهل القرى الذين يعرفون الأثمان والأسواق ولا بأس به وأرجو أن يكون خفيفا وروى هذه المسئلة العتبي عن مالك ولكنه قال فأما أهل المدائن يبيع بعضهم لبعض فأرجو أن يكون خفيفا وروى ابن المواز عن مالك وأما أهل القرى الذين يشبهون أهل البادية فلا يباع لهم ولا يشترى عليهم قال وان كانوا أيام الربيع في القرى ومن بعد ذلك في الصحراء على الميلين من القرية وهم عالمون بالسعر فلا يباع لهم وينقسم الأمر على ذلك ثلاثة أقسام البدوي لا يباع له عرف السعر أو لم يعرفه والقروي وان كان يعرف الأسعار فلا بأس أن يباع له وان كان لا يعرفها لم يبع له (فرع) ومقدار القرية التي تبيح البيع له روى في العتبية أصبغ عن ابن القاسم لا نرى

عن البيع لمن كان من أهل ميد أى وما أشبهها لان هذه مدائن وكور ووجه ذلك ما تقدمناه من ان هذه كور وحواضر لأهلها من الحرمة مثل ما لغيرهم مع معرفتهم بالأسعار والأسواق وليس فى المنع من البيع لهم الا الاضرار بهم دون منفعة تجتلب بذلك (مسئلة) وقد روى ابن المواز عن مالك لا يبيع مدنى لمصرى ولا مصرى لمدنى وفى العتبية فأما أهل المدائن يبيع بعضهم لبعض فأرجو أن يكون خفيفا فوجه القول الأول ان اغترابهم وبعد أوطانهم يقتضى جهلهم بالأسعار فنع من يعرفها من البيع لهم ليرخص بذلك ما جلبوه ووجه القول الثانى ان حرمتهم متساوية وبأيسر مقام فى البلد يعرفون الأسعار ولا يصح أن يخفى ذلك عليهم فلا فائدة لكتمانهم ذلك

(الباب الثانى فى التصرف الذى يمنع له)

أما ما يمنع منه من التصرف له فقد روى ابن المواز عن مالك فى البدوى لا يبيع له الحضرى ولا يشترى عليه وهذا متفق عليه فى البيع وكذلك فى أهل القرى الذين يشبهون البادية وقال مالك فى العتبية اذا قدم البدوى فأكره أن يخبره الحضرى بالسعر وذكر ابن حبيب انه لا يبعث البدوى الى الحضرى بمتاع يبيعه له (مسئلة) وأما الشراء للبدوى ففى الموازية والعتبية عن مالك لا بأس بذلك بخلاف البيع وقال ابن حبيب لا يبيع له ولا يشترى وجه القول الأول ان هذا الاسترخاص مشروع مستحب ولذلك نهى أن يبيع الحاضر للبادى طلبا لرخص ما يبيع ولذلك يجب أن يباح له أن يشترى له يسترخص له ما يشتريه ووجه ثان وهو ان أكثر ما يبيعه البدوى ما يسير اليه بالغلة وليس عليه فى رخصه كبير مضرة وما يشتريه حكمه فيه حكم الحضرى فلذلك خالف بيعه شراؤه ووجه القول الثانى انها معاوضة تخصه فلم يتناولها الحضرى للبدوى كالبيع

(الباب الثالث فى حكم البيع له اذا وقع)

قد قال ابن القاسم يفسخ البيع حضر البدوى أو بعث سلعته الى الحاضرة ورواه ابن حبيب عن مالك قال ابن حبيب قال وكذلك الشراء وقاله أصبغ فى بيع المصرى للمدنى وبيع المدنى للمصرى ولم ير ابن عبد الحكم فسخه اذا باع حاضر لباد ورواه سحنون عن ابن القاسم فى العتبية وجه القول الاول نهى النبى صلى الله عليه وسلم والنهى يقتضى فساد المنهى عنه ووجه القول الثانى ان العقد سالم من الفساد وانما نهى عنه لمعنى الاسترخاص ولذلك لا يعود بالفسخ لان البدوى قد لم بالبيع الاول عن سلعته فلا يرخص بفسخه (مسئلة) ومن تكرر منه هذا قال ابن القاسم فى العتبية يؤدب وروى زونان عن ابن وهب يزجر ولا يؤدب وان كان عالما بكروهه وجه القول الاول ان هذه معرفة عليه وتكرر منه مخالفة الامام فيها فكان حكمه الأدب ووجه قول ابن وهب ان الزجر فى ذلك كاف لانه نوع من التسعير والله أعلم

(فصل) وقوله ولا تصروا الابل والغنم التصرية حبس اللبن فى الضرع مأخوذ من حبس الماء يقال صريته وصريته والمصراة هى المحفلة لان اللبن حفل فى ضرعها أى اجتمع والحفلة الجمع

(فصل) فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها ان رضيها أمسكها وان سخطها ردها يريد ان التصرية تدليس ونقص اللبن عما كان عليه حين البيع نقص فالبائع اذا اطلع على ذلك الامساك أو الرد كسائر العيوب وبهذا قال الشافعى والليث وأبو يوسف وقال أبو حنيفة ومحمد التصرية ليست بتدليس ونقص اللبن ليس بعيب وليس للمبتاع الرد والدليل على ما نقوله الحديث وهو يستدل به من وجهين أحدهما انه قال فمن ابتاعها بعد ذلك يريد بعد التصرية فهو بخير النظرين

فالظاهر أنه جعل له الرد بالتصرية وليس ههنا وجه يرد به الا بالعيب لان العقد وقع لازما ووجه آخر وهو انه صلى الله عليه وسلم جعل المبتاع بخير النظرين بعد أن يتبين أمرها بالحلب ان رضيها أمسكها وان سخطها ردها وهذا نص في موضع الخلاف ومن جهة المعنى ان معنى التدليس ستر العيب وهذا موجود في التصرية لان البائع سترما في شاته أو ناقته من قلة اللبن عما ابتاع عليه المبتاع وذلك أن المبتاع اعتقد أن ذلك عادة فيها وعلى ذلك اشتراها فاذا تبين له نقصها عن ذلك كان له الرد على البائع كما لو جعد البائع شعر جاريته فاشتراها المبتاع على ذلك ثم تبين له انه غير ذلك كان له الرد

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها قال محمد له الرد بعد أن يحلب مرتين فان حلب ثلاثا لزمته وقال ابن القاسم لما سئل أيردها بعد الثلاثة اذا رأى من ذلك ما يعلم انه قد اختبرها قبل ذلك فما حلب بعد ذلك منع الرد * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه والأظهر عندي انه يكون الخيار بعد الثلاثة وقد روى ابن سيرين عن أبي هريرة في هذا الحديث فهو بالخيار بعد أن يحلبها ثلاثا ورواه ابن وهب من حديث أبي صالح عن أبي هريرة ومن جهة المعنى ان الحلبة الثانية لا يعلم بها حالها لجواز أن يكون نقص اللبن لاختلاف المرعى ولان التحفيل يقلل لبنها في الحالة الثانية فانما يعلم حقيقة أمرها بالثالثة فيجب أن يكون له الخيار بعدها لانه بها تبين أمرها (مسئلة) وان اشترى غنما غير مصراة فحلبها فلم يرض حلابها فان كان البائع لم يعلم حلابها ففي المدونة لابن القاسم ليس له ردها ومعنى ذلك انه قد استوى علمهما في قدر المبيع جزافا كالبائع لصبرة الطعام فان علم البائع قدر ما يحلب فلم يخبر بذلك المبتاع فان كان في ابان لبنها فقد قال ابن القاسم له الرد بمنزلة من باع صبرة جزافا قد علم كيلها فلم يخبر بذلك المبتاع وان لم يكن البيع في ابان لبنها لم يكن للمبتاع ردها وان كان البائع قد عرف قدر لبنها وان كانت شاة لبن وقال أشهب للمبتاع ردها حلبت أو لم تحلب اذا كانت شاة لبن قال محمد وأرى أن ينظر في ثمنها فان كانت في كثرته بحيث يعلم انها لم تبع لشحمها ولحمها ولا لنتاج مثلها ذلك اللبن وانما بيعه للبنها فله الرد اذا كتمه البائع قدر اللبن وجه قول ابن القاسم ما احتج به من أن البائع لم يقصد بابتياعه اللبن واذا كانت في ابان لبنها فالظاهر انه اشتراها للبنها فروعي ذلك فيها (مسئلة) وان كانت ابلا أو بقرا فقد قال ابن القاسم في المدونة ان كانت البقر يطلب منها اللبن مثل ما يطلب من الغنم فهي بمنزلتها (مسئلة) ومن اشترى شاة على أنها تحلب قسطا فقد قال ابن القاسم البيع جائز وتجرب الشاة فان كانت تحلب ما شرطه له والا ردها واحتج بحديث المصراة في أنها بالتصرية ترد فبأن ترد في هذا أولى ومعنى ذلك ان التصرية انما تقوم مقام الشرط فاذا ثبت بها الرد فبأن ترد بالشرط وهو أبين أولى

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم وان شاء ردها وصاعا من تمر معناه والله أعلم ان اختار امساكها بعد أن تبت له التصرية أمسكها ولا شئ له وان شاء أن يردها ردها ورد معها صاعا من تمر قال ابن القاسم قلت لمالك أتأخذ بحديث المصراة قال نعم وانما أتبع ما سمعت أو لا حد في هذا الحديث وقد روى أن مالكا قال لما سئل عن ذلك فليحذر الذين يخالفون عن أمره أن تصيبهم فتنة أو يصيبهم عذاب أليم قال ابن المواز ولم يأخذ به أشهب وقال جاء ما يضعفه ان الغلة بالضمان وسألت عنه مالكا فكأنه ضعفه وقال أشهب وهو لو ردها بعيب وقد أكل لبنها فلا شئ عليه فوجه رد الصاع ان اللبن الذي في الضرع حال التحفيل مبيع مع الشاة واذا تلف عند المبتاع أو تغير بالحلب كان عليه أن يرد عوضا منه

كالثمرة فى رؤس النخل والصوف على الغنم وأما ما حدث بعد ذلك فلا يرده المبتاع ولا يرد عوضا عنه وانما الصاع عوض عن لبن التصرية خاصة ووجه قول أشهب ما احتج به من أنه لبن حلب بعد الشراء فلم يرده المبتاع للرد بالعيب كاللبن الحادث بعد ذلك وأما قوله ان الحديث قد ضعفه ما جاء من أن الغلة بالضمان فيحتاج الى تأمل لان حديث المصراة حديث صحيح لا خلاف بين أهل الحديث فى صحته ولا يجرى مجراه ما روى أن الغلة بالضمان ولو صح حديث الغلة بالضمان لما كان فيه حجة لان حديث الغلة عام وحديث المصراة خاص فيقضى به على حديث الغلة مع أن الغلة انما هى ما حدث عند المبتاع دون ما اشتراه مع البيع (فرع) فاذا قلنا برواية ابن القاسم عن مالك فانه يرد معه صاعا لان النبي صلى الله عليه وسلم حكم به لرفع التخاصم فى ذلك لكثرة تردده وادعاء البائع من اللبن أكثر مما يظهره اليه المبتاع مع أنه لا يميز أحد اللبنين من الآخر لانه يحدث بعد الشراء الى وقت الحلب فى الأغلب ما لا يتميز من لبن التصرية فحكم فى عوض ذلك النبي صلى الله عليه وسلم بما يرفع الخصام ويحسم الدعاوى وهو صاع لانه أمر مقدر وهذا كما حكم النبي صلى الله عليه وسلم فى الجنين بغرة لما كان لا يتميز غالبا ذكره من أنثاه سواء كان الجنين ذكرا أو أنثى ولو كان حيا لكان فى الانثى نصف دية الآخر وقضى فى جنين الأمة بعشرة قيمة أمه ولو ولدت الجنينين لتفاوتت قيمتهما (فرع) وسواء كان المبيع شاة أو بقرة أو ناقة فان ابن القاسم قال لا يرد الا صاعا والأصل فى ذلك الحديث المذكور وهو قوله صلى الله عليه وسلم لا تصروا الابل والغنم فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها ان رضيها أمسكها وان سخطها ردها وصاعا من تمر ولم يفرق بين الغنم والابل ونبه بذلك على البقر لان الغنم أطيب لبنا والابل أكثر لبنا والبقر أكثر لبنا من الغنم وأطيب لبنا من الابل (فرع) فاذا كانت الابل والغنم عددا * قال الامام القاضى أبو الوليد رضى الله عنه فقد وجدت لبعض شيوخنا الاندلسيين يرد لجميعها صاعا واحدا ولعله تعلق بظاهر الحديث لا تصروا الابل والغنم فمن ابتاعها بعد ذلك فله أن يردها وصاعا من تمر ولو قال قائل انه يرد مع كل واحدة صاعا لرأيت له وجها (فرع) ومماذا يكون الصاع قال ابن القاسم عن مالك من غالب قوت البلد وبه قال أبو على عن أبى هريرة من أصحاب الشافعى وقال زياد بن عبد الرحمن عن مالك وجدته فى كتابى من اشترى شاة أو ناقة مصراة فله اذا حلبها أن يردها ومكيلة ما حلب من اللبن تمرا أو قيمته وقال أكثر أصحاب الشافعى لا يكون الا من التمر وقد تعلق أصحابنا فى ذلك بما روى ابن سيرين عن أبى هريرة فى هذا الحديث وصاعا من طعام ووجه ذلك على الرواية المشهورة فى صاع التمر انه خص التمر بالذكر لانه كان أغلب قوت ذلك البلد فيجب أن يكون بغيره من البلاد غالب قوتهم كزكاة الفطر (فرع) فان أراد أحدهما أن يكون اللبن بدل الصاع لم يلزم الآخر فان اتفقا على ذلك فقد قال ابن القاسم فى المدونة لا يجوز ذلك واحتج بأنى أخاف أن يكون من بيع الطعام قبل استيفائه لان النبي صلى الله عليه وسلم فرض عليه صاعا من تمر فصار ثمنا قد وجب للبائع فلا يفسخه فى اللبن قبل القبض ووجه آخر وهو أن الذى يجب رده ما كان موجودا من اللبن حين البيع وذلك لا يتميز من غيره فلا يمكن رده وقال سحنون لا بأس به لانه يكون اقالة وما ذكرناه يمنع منه والله أعلم ص * مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن النجش قال والنجش أن تعطيه بسلعته أكثر من ثمنها وليس فى نفسك اشتراؤها فيقتدى بك غيرك * ش نهيه عن النجش يقتضى فساده

* قال مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن النجش * قال مالك والنجش أن تعطيه بسلعته أكثر من ثمنها وليس فى نفسك اشتراؤها فيقتدى بك غيرك

وتحريمه وقال مالك ان معنى ذلك أن يعطي بسلعته من يريد منفعته أكثر من ثمنها ولا يريد بذلك
شراءها ولعله قد وافقك على أن مازدت غير لازم لك ليقتدي بك غيرك فيزيد بزيادتك أو ليبلغه من
الثمن مالولا زيادتك لم يبلغها لحاجته اليها وحرصه عليها وقال أهل اللغة ان أصل النجش الاستثارة
لشيء ولذلك يقال للصائد ناجش لما كان يثير الصيد فكان الزائد في السلعة يثير غيره من المشترى
للزيادة فيها ويريهم الحرص عليها (مسئلة) فان وقع البيع على وجه النجش ففي المدنية من
رواية عيسى عن ابن القاسم ان علم بذلك المبتاع فله أن يرده مالم تفت فان فاتت فله أن يأخذها بقيمتها
مالم تكن أكثر مما ابتاعها به فلا تزاد على ذلك وقال ابن حبيب من دس من يزيد في سلعته ليقتدى
به أن بيعه يفسخ الا أن يرضى بها المبتاع بالثمن فان فاتت فعليه القيمة ان ثبت أن هذا دسه البائع
أو أحد سببه من ولده أو عبده أو شريكه أو من هو من ناحيته وان لم يكن بسببه ولا أمره فلا بأس به
يريد انه لا بأس به للبائع لان ذلك لم يكن عن اختياره ولعله أراد لا بأس به اذا كان الزائد في السلعة
زاد على وجه الشراء والرغبة فيها الا على وجه النجش لان النجش اذا وجد فقد وجد البيع على وجه
الخلابة والغش للمبتاع فلا يسوغ للبائع وان كان غيره قد صنع له ذلك بغير أمره (مسئلة) وأما
الذي يقول أعطيت بسلعتي كذا فان كان صادقا فلا بأس به اذا كان العطاء حديثا وأما ان كان
العطاء قديما فكتمه والمبتاع يظنه حديثا فلا وكذلك النجش قاله مالك في العتبية والموازية
ووجه ذلك انه اذا أعطيه بقرب المساومة فهو صادق ولا خلابة في قوله وان كان قديم العطاء وتغيرت
الأسواق فهو نوع من النجش وذلك غير جائز والنجش من جهة أن يكذب في ذلك ويقول أعطيت
فيها مالم يعط (مسئلة) ولو قال المبتاع للبائع ما أعطيت بسلعتك زدتك دينارا فقال أعطاني بها فلان
مائة فزاده واحدا ثم قال فلان ما أعطيته الا تسعين قال مالك في الموازية يلزمه البيع ولو شاء لتثبت
الا أن تكون بينة حاضرة على اعطاء فلان دون ذلك فيرد البيع ان شاء ولا شيء على البائع وكذلك
لو قال أعطيت بها مائة فصدقه وزاده لزمه البيع * قال مالك في العتبية ولا يمين عليهما ووجه ذلك
انه صدقه فلا يرده انكار المساوم قبله لأن البائع يقول كره بيعي فجحد ما أعطاني فلا ينقض بيعه
بذلك (مسئلة) وهذا في زيادة الثمن فأما في نقصه فمثل أن يقول المبتاع لرجل حضر كف عني
لا تزد علي في هذه السلعة ففي كتاب محمد لا بأس بذلك فأما الامر العام فلا يريد عندي والله أعلم
أن يقول ذلك لكل من يريد شراءها أو معظمهم وأما الواحد الذي يخاف منه الزيادة في ثمنها على
قيمتها أو تبقى منافسة فيها فلا بأس بذلك وكره أن يقول كف عني ولك نصفها ورآه من الدلسة
وكره القوم يجتمعون للبيع فيقولون لا تزيدوا على كذا ووجه ذلك انهم تواطؤا على أذى البائع
وحط بعض من سلعته وذلك ممنوع (مسئلة) ولو أن سلعة بين ثلاثة فقال أحدهم لآخر اذا
تساومنا اخرج منها برنج ليقتدي بك صاحبنا والعبدي ويدبك فنعل ونبت ذلك ببينة أو اقرار
من الواضحة والعتبية عن مالك البيع مردود ولا يجوز قال ابن حبيب ولا يأخذ بهذا أصبغ ولم يره
من النجش وبه أقول لأن صاحبه لم يرد أن يقتدى بزيادته انما أمسك عن الزيادة لرخصه على نفسه
من أجله فلا بأس بذلك وجه القول الاول أن هذا معنى فعله ليقتدى به في ثمن المبيع كالنجش

﴿ جامع البيوع ﴾

* حدثني يحيى عن مالك عن عبدالله بن دينار عن عبدالله بن عمر أن رجلا ذكر لرسول الله صلى الله عليه وسلم

﴿ جامع البيوع ﴾

ص * مالك عن عبدالله بن دينار عن عبدالله بن عمر أن رجلا ذكر لرسول الله صلى الله عليه وسلم

أنه يخدع في البيوع فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا بايعت فقل لا خلابة قال فكان الرجل اذا بايع يقول لا خلابة ﴾ ش قوله ان رجلا ذكر لرسول الله صلى الله عليه وسلم انه يخدع في البيوع يقال انه منقذ بن عمرو الانصاري المازني جد واسع بن حبان وكان سبب ذلك انه أصابته في رأسه في الجاهلية مأمومة فغيرت لسانه وغيرت بعض ميزه وقد قيل ان حبان بن منقذ هو الذي كان يخدع في البيوع فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم بع وقل لا خلابة وأنت بالخيار وقد قال بعض الناس ان هذا الحديث خاص بهذا الرجل لما كان فيه من الحرص على البيع وضعفه عن التحرز فيه وقد روى القاضي أبو محمد في اشرافه اذا تبايع الناس بما لا يتغابن الناس بمثله في العادة وكان أحدهما ممن لا يخبر بسعر ذلك المبيع فاختلف أصحابنا فنهم من يقول لا خيار له وبه قال أبو حنيفة والشافعي ومنهم من يقول له الخيار اذا زاد على الثلث أو خرج عن العادة والمتعارف فيه قال والدليل على هذا القول نهيه صلى الله عليه وسلم عن اضاعة المال ومن باع ما يساوي عشرة دنانير بدرهم فقد أضاع ماله كما ان من اشترى ما يساوي درهما بعشرة دنانير فقد أضاع ماله قال ونهيه صلى الله عليه وسلم عن تلقي السلع ومن جهة المعنى ان هذا نوع من الغبن في الاثمان فكان مؤثرا في الخيار كالعيب فعلى هذا يكون حكم الحديث عاما في كل أحد على مثل حاله وانما كان معنى قول حبان بن منقذ لا خلابة على وجه الاعلام منه بانه لا يخبر الاثمان وعلى وجه الاعلام للناس بهذا الحكم وانه لا تنفذ خلابة الخالب على مغبون مستسلم وقال ابن حبيب في واضحته لو ان أحد المتبايعين من جهلة البيع باع أو اشترى ما يساوي مائة درهم بدرهم لزمهما ووجه ذلك ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى أن يبيع حاضر لباد قال القاضي رضي الله عنه ويحتمل عندي ابتياعه على المرابحة فيكون قول لا خلابة لمن يزيد عليه في الشراء وهذا حكم عام ان من اشترى مرابحة فزيد عليه في الثمن انه بالخيار ويحتمل أن يكون ابتياعه بالخيار وانه كان يشترطه ويقول مع ذلك لا خلابة بمعنى اشتراط الخيار يتحرز من استخداعه وقد روى ابن اسحق عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له بع وقل لا خلابة وأنت بالخيار ثلاثة ولا يحتج برواية ابن اسحق ويحتمل أن يكون النبي صلى الله عليه وسلم حكم له بهذا وحجر عليه أن يبيع بغير الخيار وأعلم الناس بذلك وأمره أن يذكر حكمه بقوله لا خلابة ويحتمل أن يكون النبي صلى الله عليه وسلم يأمره أن يقول لا خلابة على وجه الاعذار الى من يبايعه ليتوقى خديعته أهل الصلاح والدين لا ليكون له الخيار ان خدع ولكن لئلا يقدم على خديعته من يأثم به وكان مليلا في ذلك الزمن ويحتمل أن يريد به لا خلابة في صفة النقد وفي وفاء الوزن والكيل واستيفائهما فان غبنه في شئ من ذلك كان له الرجوع عليه وهذه حالة جميع الناس

(فصل) وقوله قل لا خلابة الخلابة الخداع وليس من الخداع أن يبيع البائع بالغلاء أو يشتري المشتري برخص وانما الخلابة أن يكتمه عيبا فيها ويقول انها تساوي أكثر من قيمتها وانه قد أعطى فيها أكثر مما أعطى بها وقد روى حكيم بن حزام عن النبي صلى الله عليه وسلم قال البيعان بالخيار ما لم يتفرقا فان صدقا وبينا بورك لهما وان كذبا وكتما محقت بركة بيعهما ولذلك نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن النجش لأنه من باب الخديعة في البيع واظهار الناجش للمبتاع ان قيمتها أكثر من قيمتها وانه يريد ابتياعها ﴿ مالك عن يحيى بن سعيد انه سمع سعيد بن المسيب يقول اذا جئت أرضا يوفون المكيال والميزان فأطل المقام بها واذا جئت أرضا ينقصون المكيال والميزان فاقلل المقام

انه يخدع في البيوع فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا بايعت فقل لا خلابة قال فكان الرجل اذا بايع يقول لا خلابة * وحدثني مالك عن يحيى بن سعيد انه سمع سعيد بن المسيب يقول اذا جئت أرضا يوفون المكيال والميزان فأطل المقام بها واذا جئت أرضا ينقصون المكيال والميزان فاقلل المقام

بها ﴾ ش قوله اذا جئت أرضا يوفون المكيال والميزان فأطل المقام بها يحتمل وجهين أحدهما أن يبارك لهم فيما يكيلونه و يزنونه فمن أطال المقام بها ناله من بركة عملهم و بورك له اذا عمل بعملهم كما يبارك لهم والوجه الآخر أن يكون الخير والعدل شائعا عندهم لان الكيل والميزان اذا كان جاريا على ما أمر الله به من توفية الحق وظهوره حتى يعم جميعهم فان الغالب أن سائر أحوالهم جارية على حسب ذلك

(فصل) وقوله اذا جئت أرضا ينقصون المكيال والميزان فاقلل المقام بها يحتمل أيضا وجهين أحدهما ان هذه عقوبة قد عاقب الله تعالى من أجلها أمما وأهلكهم بسببها فحذر المقام ببلد يكون هذا فيهم ويشيع في أسواقهم وحذر أن يصيبهم بعذاب من عنده فيناله معهم ما يذهب من بركة ماله وتصرفه بالبيع والشراء والوجه الثاني ان النقص في ذلك يذهب بركة البيع فلا حظ لهم في المقام فيه وقد قال تعالى ويل للمطففين الذين اذا اكتالوا على الناس يستوفون واذا كالوهم أو وزنوهم يخسرون وقال تعالى ما قال رسوله شعيب لقومه فقال يا قوم أوفوا المكيال والميزان بالقسط ولا تبخسوا الناس أشياءهم ولا تعثوا في الارض مفسدين وعلى كل وجه فان ظهور المنكر وعمومه مما يحذر تعجيل عقوبته وقد قالت أم سلمة يا رسول الله أنهلك وفينا الصالحون قال نعم اذا كثر الخبث فهذا مع الصالحين فكيف مع قلتهم أو مع عدمهم نسأل الله أن يتجاوز عنا بفضله ويتغمدنا برحمته ص ﴿ قال مالك عن يحيى بن سعيد انه سمع محمد بن المنكدر يقول أحب الله عبدا سمحا ان باع سمحا ان ابتاع سمحا ان قضى سمحا ان اقتضى ﴾ ش قوله أحب الله عبدا سمحا ان باع سمحا ان ابتاع يريد والله أعلم بالسماحة من جهة البائع المسامحة في الثمن وذلك بان يأخذ القيمة ولا يشتط بطلب أكثرها ويتجاوز في النقد وان ينظر بالثمن وقد روى ربعي بن خراش عن حذيفة قال قال النبي صلى الله عليه وسلم تلقت الملائكة روح رجل ممن كان قبلكم قالوا أعملت من الخير شيأ قال كنت أنظر الموسر وأتجاوز عن المعسر قال فتجاوز الله عنه وفي الواضحة تستحب المسامحة في البيع والشراء وليس هو ترك المكايسة فيه انما هي ترك المضاجرة والمكرازة والرضا بالاحسان ويسير الربح وحسن الطلب بالثمن قال ويكره المدح والذم في التبايع ولا يفسخ به ويؤثم فاعله لتشبهه بالخديعة ومن المكر والخديعة فيه الالغاز باليمين وقد نهى عن ذلك عمر والحلف فيه مكروه وان لم يلغز وروى ان البركة ترفع منه باليمين والمسامحة من المبتاع في أن يقضي أفضل مما يجد ولذلك قال صلى الله عليه وسلم فان أفضلكم أحسنكم قضاء ويعجل القضاء ولا يبلغ المطل فهو قوله سمحا ان قضى ولا يعنف في سرعة الاقتضاء والله أعلم وهذا الذي أورده مالك من قول ابن المنكدر قد أورده الحافظ رواه محمد بن مطرف عن محمد بن المنكدر عن جابر بن عبد الله ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال رحم الله رجلا سمحا اذا باع واذا اشترى واذا اقتضى أخرجه البخاري من حديث علي بن عباس ص ﴿ قال مالك في الرجل يشتري الابل والغنم أو البز أو الرقيق أو شيأ من العروض جزافا فانه لا يكون الجزاف في شئ مما يعد عددا ﴾ ش وهذا على ما قال انه قال لا يباع شئ مما ذكرنا جزافا ولا نعلم في ذلك خلافا بين العلماء غير ان قوله ولا يكون الجزاف في شئ مما يعد عددا يحتاج الى تفسير وذلك ان ما يعد عددا ينقسم على قسمين قسم تختلف صفاته كالخيل والابل والغنم والرقيق وسائر الحيوان والثياب والعروض فان هذا لا يكاد جملة منها تتفق آحادها فهذا لا يجوز بيعه جزافا وأما القسم الثاني فلا تختلف صفاته على الوجه الذي ذكرناه كالجوز والبيض فهذا اذا وجدت منه جملة فأكثرها تتفق

بها * وحدثني مالك عن يحيى بن سعيد انه سمع محمد ابن المنكدر يقول أحب الله عبدا سمحا ان باع سمحا ان ابتاع سمحا ان قضى سمحا ان اقتضى * قال مالك في الرجل يشتري الابل أو الغنم أو البز أو الرقيق أو شيأ من العروض جزافا انه لا يكون الجزاف في شئ مما يعد عددا

قال مالك فى الرجل يعطى الرجل السلعة يبيعها له وقد قومها صاحبها قيمة فقال ان بعتها بهذا الثمن الذى أمرتك به فلك دينار أو شئ يسميه له يتراضيان عليه وان لم تبعها فليس لك شئ انه لا بأس بذلك اذا سمى ثمنا يبيعها به وسمى أجرا معلوما اذا باع أخذه وان لم يبع فلا شئ له * قال مالك ومثل ذلك أن يقول الرجل للرجل ان قدرت على غلامى الآبق أو جئت بجملى الشارد فلك كذا وكذا فهذا من باب الجعل وليس من باب الاجارة ولو كان من باب الاجارة لم يصلح

صفات آحادها فى المقصود منها فهذا يجوز بيعه على الجزاف مع كونه معدوما وقد قال القاضى أبو محمد يجوز الجزاف فى كل مكيل كالحنطة أو موزون كاللحم أو معدود كالجوز والبيض مما الغرض فى مبلغه دون أعيانه ولا آحاده وأما ما ليس بمكيل ولا موزون مما الغرض فى أعيانه كالخيل والرقيق والثياب فلا يجوز فيه الجزاف لان آحادها تحتاج أن تنفرد بالنظر اليها والمعرفة بصفتها وقيمتها فى نفسها فوجه قول مالك لا يكون الجزاف فيما يعد عدا يريد بذلك ما الغالب من أمره أن يسهل عدده لقلته ولا يتقدر بكيل ولا وزن ولكنه لسبب علة منع الجزاف فيه الا ما تقدم من اختلاف صفاته وتفاوت قيمته فى الأغلب ومعنى قول القاضى أبى محمد ان الجزاف يجوز فى المعدود كما يجوز فى المكيل والموزون يريد المعدود الذى يتعذر مبلغه بالعدد كما يتعذر المكيل بالكيل والموزون بالوزن ولا يقدر له غير ذلك وأما الخيل وسائر الحيوان والعروض فليس لها قدر تتقدر به وانما اشترى كل واحد منهما لنفسه وان بيعت الخيل وشقق الكتان اذا كثرت بالعدد فليس كذلك لان العدد مقدار لها وانما ذلك يشق تقدير ثمن كل واحد منها فيجعل لها ثمن واحد ويكون زيادة ثمن بعضها بنقصان ثمن غيرها وذلك لا يكون الا بعد وزنه جميعا والفرق بين هذا المعدود وبين ما تقدم ان ما تقدم لا يتفاوت قيم آحاده فانما يكون الغرر فى مبلغه والحيوان والعرض يتفاوت قيم آحاده فيكثر الغرر فى الجملة من وجهين أحدهما من جهة مبلغها ومنتهى عددها والثانية من وجه اختلاف صفتها فانه لا يعلم كم فى تلك الجملة من الجيد ولا من الدنئ فمنع الجزاف فيه لكثرة الغرر وأبيح فى القسم الاول لقلته والله أعلم وقد تقدم بسط الكلام فى بيع الجزاف فى الطعام بالطعام بما يغنى عن اعادته والله الموفق بالصواب ص ﴿ قال مالك فى الرجل يعطى الرجل السلعة فيبيعها وقد قومها صاحبها قيمة فقال ان بعتها بهذا الثمن الذى أمرتك به فلك دينار أو شئ يسميه له يتراضيان عليه وان لم تبعها فليس لك شئ انه لا بأس بذلك اذا سمى ثمنا يبيعها به وسمى أجرا معلوما اذا باع أخذه وان لم يبع فلا شئ له قال مالك ومثل ذلك أن يقول الرجل للرجل ان قدرت على غلامى الآبق أو جئت بجملى الشارد فلك كذا وكذا فهذا من باب الجعل وليس من باب الاجارة ولو كان من باب الاجارة لم يصلح ﴾ ش وهذا على ما قال ان من أعطى رجلا سلعته وقال له ان بعتها بثمن كذا فلك دينار فانه جائز بينهما وهذا من باب الجعل والأصل فى جوازه قوله تعالى قالوا نفقد صواع الملك ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم ومن شرط الجعل أن يكون غير مؤجل رواه ابن المواز وابن حبيب عن مالك ووجه ذلك انه غير لازم للعامل فلو ضرب له أجل اقتضى ذلك اللزوم وانما يتقدر عمل الجعل بتمام العمل الذى يستحق العامل الجعل بتمامه كقوله ان بعت لى هذا الثوب بكذا فلك دينار أو ان بعته فلك دينار ولا يسمى ثمنا وان جئتنى بعبدى الآبق أو ببعيرى الشارد فلك دينار (مسئلة) ولا يجوز الجعل فى عمل ان ترك العمل بقى للجاعل فيه ما ينتفع به قال ابن حبيب فلا يجوز أن يقول ان عملت لى شهرا فلك كذا والا فلا شئ لك وما يعمل فيه المجعول له على ضربين أحدهما أن يعمل فى غير ملك الجاعل والثانى أن يعمل فى ملكه فان كان يعمل فى غير ملكه مثل أن يجعل له جعلا فى رد عبده الآبق أو جمله الشارد أو يحفر له بئرا فى غير أرضه فقد قال ابن حبيب يجوز الجعل فى مثل هذا على ما قل وكثر لان العامل اذا ترك العمل لا يبقى بيد الجاعل من ذلك شئ وأما الضرب الثانى وهو أن يعمل فى ملك الجاعل وذلك مثل أن يجعل له جعلا على أن يحفر له بئرا فى أرضه فلا يجوز على وجه العمل لان الجعل مبنى على انه لا يلزم العامل اتمام العمل لما فيه من الغرر فاذا احفر فى ملك الجاعل ثم تركه قبل أن يكمله انتفع الجاعل بما عمله دون عوض فلم يجز ذلك وقد اختلف قول مالك فى الجعل يجعل للخصم على

ادراك ما خاصم عنه والطبيب على ابراء العليل وقال في المدونة لا يجوز وقال سحنون وقد روى أنه عنه جائز مثل أن يجعل له جعلا على بيع ثياب أو رقيق فقد قال مالك في المدونة لا يجوز ذلك الا في اقل دون ما كثر وجوز مالك الجعل في شراء كثير الثياب في المدونة ووجه ذلك انه كلما اشترى شيأ كان له من الجعل بحسابه ولو كان مثل هذا في البيع لجاز وقد روى ابن المواز عن أشهب عن مالك انه ان اعطاه ثيابا وقال كلما بعت لي ثلاثة أثواب فلك كذا انه جائز وقد روى أيضا عن مالك في الذي يجعل له في الرقيق يصيح عليهم وله في كل رأس يبيع درهم ولا شئ له ان لم يبع لا يصلح قال محمد لانهم قصدوا بيع الجملة ولو قال على أن تبيع منهم من شئت لجاز وكذلك الثياب ومثله في العتبية من رواية ابن القاسم عن مالك فهذا وجه المسئلة عندي وانما منع من ذلك فيمن لا يكون له شئ من الجعل حتى يبيع جميعها ولو شرط مثل هذا أن يشترى له مائة ثوب وله دينار ولا شئ له ان لم يشتر جميعها لم يجز ذلك وانما يفترقان في اطلاق العقد فالبيع يقتضي أن لا شئ له الا بشرط والشراء يقتضي ان له بحساب ما يشترى وذلك عرف جار بينهم مع أن جميع البيع معين ولا يصح ذلك فيما يشترى في الأغلب (مسئلة) ومن شرط الجعل أن لا ينقد الجعل وروى ابن المواز وابن حبيب عن مالك لا يصح الأجل في الجعل ولا النقد قال ابن حبيب الا أن تتطوع به ووجه ذلك انه قد لا يتم ما جعل له عليه فيرد ما قبض وقد يتم فيصير له فتارة يكون جعلا وتارة يكون سلفا وذلك يمنع صحته (مسئلة) ومن شرطه أن لا يكون لازما للعامل وله أن يترك متى شاء قبل العمل وبعده قاله مالك وأصحابه ووجه ذلك أنه يكثر الغرر في العمل ويتفاوت فلو لزمه رد الآبق على كل حال ورد البعير الشارد لتعذر عليه العمل وعظمت فيه المشقة مما لم يظهر له قبل أن يشرع في العمل فكان له أن يترك متى شاء ولا يلزم الجاعل بنفس العقد ويلزمه اذا شرع العامل في العمل قال سحنون في العتبية اذا شرع العامل في العمل لم يكن للجاعل اخراجه وللمجعول له أن يخرج متى شاء ولو جعل له جعلا في رد آبق ثم أعتقه فان أعتقه بعد ان عمل وشخص فيه فله جميع الجعل وان لم يعمل شيأ ولا شخص فلا شئ له قاله أصبغ وهذا على ما قدمناه وفي الموازية قال عبد الملك من جعل في آبق جعلا ثم أعتقه فلا شئ فيه لمن وجده بعد ذلك وان لم يعلم بالعتق ولو أعتقه بعد ان وجده فله جعله فان كان الجاعل عديما فذلك في رقبة العبد لانه بالقبض وجب له الجعل قال أحمد بن ميسر ان كان العتق بعد القدوم فكما قال وان أعتقه بعد علمه انه وجده لزمه جعله وان لم يجد عنده لم يصح عتق العبد حتى يأخذ جعله مبدأ على الغرماء كالرهن (مسئلة) ومن شرطه أن يكون الجعل غير معين أو يكون معينا لا يسرع اليه التغير فمن قال من جاءني بعبدي الآبق فله هذه الدنانير أو هذا الثوب فجائز ولا خير في أن يقول له هذا العبد أو هذه الدابة لان ذلك يتغير وتسرع الحوادث اليه قاله مالك في الموازية (مسئلة) ومن شرطه أن لا يكون له شئ ان لم يأت بما جعل له عليه الجعل قال مالك في الموازية والجعل الجائز أن يقول ان لم يبع أو لم يجد فلا شئ له ووجهه انه اذا التزم له الجعل عمل أو لم يعمل ففيه غرر كثير مستغنى عنه فعاد ذلك بفساد العقد (فرع) واذا عقد وقع عقد الجعل على وجه الفساد ففي المدونة عن مالك فيمن قال ان جئتني بعبدي الآبق فلك نصفه فان جاء فله أجرة مثله وان لم يأت به فلا جعل له ولا اجارة والذي روى ابن حبيب عن مالك في هذه المسئلة ان جاء به فله جعل مثله وان لم يأت به فلا شئ له وقد قال ابن المواز ان في الجعل الفاسد اجارة المثل والفرق بين الجعل والاجارة ان الجعل اذا انعقد قبل العمل على عمل مجهول فانما له في ذلك ما يجعل على مثل المجعول فيه على الوجه الذي علم من حاله أو ظهر منها يوم الجعل ولا ينظر الى ما كان بعد ذلك من مشقة عمل

أو كثرته أو قلته أو خفته والاجارة انما تكون في عمل معلوم فاذا عمل كان له من الأجر بحساب ما عمل دون ما كان عقد عليه يوم العقد لكنه لما خرج العقد مخرج الجعل لم يكن له شئ ان لم يأت به لأنه على ذلك دخل وان أتى به كان له أجر مثله على قدر نصيبه وتعبه وطول مسافة طلبه فوجه القول الأول ان العقد اذا تنوع الى صحة وفساد فان فاسده يرد الى صحيحه ولا ينقل الى غيره من العقود كالبيوع ووجه القول الثاني ان الاجارة هي الاصل وانما جوز الجعل في العمل المجهول والغرر للضرورة ولذلك كان عقدا غير لازم للعامل فاذا وقع فاسدا او فات رد الى الاجارة التي هي الأصل وقد وقع مثل هذا الاختلاف لأصحابنا في القراض الفاسد يرد الى قراض المثل والى أجر المثل والله أعلم (فرع) وقد قال ابن القاسم في العتبية والواضحة في الذي يقول من جاءني بعبدي الآبق فله هذه الدابة ان وجده فله جعل مثله وان لم يجد فله أجر مثله وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون جاء به أو لم يجئ به فله أجر مثله اذا شخص فيه فيجيء على مثل هذا بين الجعل والاجارة فرق آخر وهو ان جعل مثله انما يكون له جعل مثله على حسب ما يجعل لمثله في عنائه ونهضته ومعرفته ونفوذه في مثل رد ذلك الآبق ان جاء به وان لم يأت به لم يكن له شئ وأما أجر المثل فانه يكون له أجر مثله سواء جاء بما استؤجر عليه أو لم يأت به لان ذلك مقتضى الاجارة وقد قال ابن القاسم في المدونة فمن استأجر رجلا يبيع له ثوبا بدرهم شهرا ان ذلك جائز اذا كان ان باع قبل تمام الشهر أخذ من الأجر بحساب ما عمل من الشهر وان انقضى الشهر وهو بسوته ولم يبعه فله جميع الأجر. وكله قول مالك ووجهه ما تقدم

ص ﴿ قال مالك فأما الرجل يعطى السلعة فيقال له بعها ولك كذا وكذا في كل دينار لشئ يسميه فان ذلك لا يصلح لانه كلما نقص دينار من ثمن السلعة نقص من حقه الذي سمى له فهذا غرر لا يدرى كم جعل له ﴾ ش وهذا على حسب ما قال ان من قال لرجل بع لي ثوبي ولك من كل دينار جزء منه أو درهم لم يجز لانه لم يسم ثمنا يبيعه به واذا لم يكن الثمن معلوما كان جعل العامل مجهولا ولا يجوز أن يكون الجعل مجهولا لانه لا ضرورة تدعو الى ذلك وانما جاز أن يكون العمل مجهولا للضرورة الداعية الى ذلك وأيضا فان العمل لما كان مجهولا كان العامل بالخيار في تركه متى شاء فتقل مضرته لأنه اذا رأى ما يكره من مشقة العمل كان له الترك والجعل في جنبة الجاعل لازم فلا يصح أن يكون مجهولا لأنه لا يقدر على أن يتخلص من مضرة غرره اذا شاء (فرع) فان باع على ذلك فله جعل مثله وان لم يبع فلا شئ له رواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ ولو قال ان بعته بعشرة فلك من عدد دينار ربعه أو عشره أو لك منه درهم جاز لأن الجعل حصل معلوما فذلك جائز فيه (فرع) وان باع بأكثر من عشرة ففي العتبية لابن القاسم ليس له الا سدس العشرة ووجه ذلك أنه لما جعل جعله الجزء المسمى من العشرة فما زاد من الثمن فذلك سواء لأنه لم يوجد منه غير البيع مما يستحق فيه الأجرة وكذلك لو قال بع هذا الثوب ولك درهم أو دينار كان كما قدمناه والله أعلم (مسئلة) ولو قال ان بعت هذا الثوب فلك درهم وان لم تبعه فلك درهم قال ابن المواز هي اجارة وهي جائزة ان ضرب لها أجلا ووجه ذلك أن الدرهم لزمه باع أو لم يبع فان لم يضرب للعمل أجلا كان على نهاية الغرر لأنه يعرضه ثم يرده اليه وقد استوجب الدرهم (مسئلة) ولو قال ان بعته فلك درهم وان لم تبعه فلك نصف درهم لم يجز وهاتان اجارتان في اجارة ولا يجوز أن يقول له بعه فما زاد على عشرة دراهم فلك لان الجعل مجهول تدخله الغرر قاله مالك (مسئلة) ولو قال ان بعت اليوم هذا الثوب فلك درهم ففي الموازية والواضحة لا يجوز على الاطلاق وفي المدونة لا خير فيه الا أن يشترط انه متى شاء

قال مالك فأما الرجل يعطى السلعة فيقال له بعها ولك كذا وكذا في كل دينار لشئ يسميه فان ذلك لا يصلح لأنه كلما نقص دينار من ثمن السلعة نقص من حقه الذي سمى له فهذا غرر لا يدرى كم جعل له

أن يتركه تركه وقد قال في مثل هذا أراه جائزا وهو جعل قوله الذي يعتمد عليه وجه القول الأول ما احتج به من ان الجعل لا يجوز أن يكون لازما وهذا ان لزمه العمل فعمل يومه أجمع ولم يبعه فلا شيء له ولو باعه في بعض النهار سقط عنه عمل سائر النهار يشير الى الغرر مع اللزوم ومعنى المسئلة عندي أن العمل في الجعل والاجارة يتقدر بأمرين أحدهما بالعمل والثاني بالزمن فاذا تقدر بالعمل في الجعل والاجارة جاز واذا تقدر بالزمن جاز في الاجارة وأما في الجعل ففيه نظر لأنه ان كان على معنى اللزوم فقد خالف حكم الجعل لانه مبني على الجواز ومتى فاته اللزوم وان كان على معنى الجواز وانه متى شاء أن يترك في المدة ترك فلا يفسد من هذا الوجه لكنه راعى العمل بعد الزمن فان كان للعامل العمل بعد ذلك الزمن حتى يكمل ويستوفي جعله فذلك جائز وقد بطل التوقيت بالزمن وان لم يكن له أن يعمل بعد ما قدر من الزمن فلا يجوز أيضا لانه يعمل جميع المدة فينتفع الجاعل بعمله ثم يمنع اتمام العمل فذهب عمله بطلا ولذلك قال ابن المواز وابن حبيب في هذه المسئلة لا يجوز الا أن يترك متى شاء في اليوم وبعده ووجه القول الثاني ان العمل اذا كان من القلة بحيث يتيقن انه يمكن غالبا كماله فيما تعلق به من الزمن جاز ذلك وليس على وجه التقدير بالزمن وانما هو على وجه تعليقه بزمن ينقضي فيه العمل مثل أن يقول له لك درهم على أن تأتيني في كل يوم من هذا الشهر بقلة من ماء من هذا النهر جاز لانه لا يتقدر العمل باليوم وانما يتقدر بالاتيان بالقلة من الموضع القريب الذي يمكنه أن يأتي في ساعة من ساعات النهار منه بأمثال ذلك وانما علق ذلك باليوم لئلا يأتيه في يوم واحد أو يؤخر اتيانه بها عن تلك المدة وفي المدونة من استأجر ثورا يطحن له كل يوم أردبين فوجده يطحن أردبا واحدا رده فظاهر هذا تجويزه وروى عن ابن عبدوس عن سحنون انما سئل مالك في الفرانين يستأجرون الاجراء ويطرحون عليهم كل يوم طريحة معلومة يستأجر الأجير شهرا يعمل كل يوم طريحة معلومة بما يعلم انه يفرغ كل يوم ولا يحتمل لذلك النظر لان الطريحة أمد واليوم أمد فلا يجتمعان في عقد وكذلك الذي يستأجر الرجل يحمله الى مصر فلا ينبغي أن يشترط عليه في ذلك أمدا وقول سحنون هذا معناه ان ما ضرب من الزمن على سبيل التقدير للعمل لا يصلح أن يجتمع مع تقدير العمل بنفسه وما لم يكن على وجه التقدير وانما هو على معنى التراضي لا يكون من العمل الذي هو أمد فلا يمنع صحة ذلك العقد لمعرفتهما بالتمكن من الفراغ منه مع الرفق ويتفق ذلك على كل حال فصار ذلك كالوصف لعمله ومقدار نهضته فيه فانما يجوز ذكر الزمن ووصف مقدار العمل في الاجارة على هذا الوجه وقد قال مالك في الذي يقول للرجل ابتع لي هذه السلعة الكثيرة الى أجل كذا ولي كذا على أني متى شئت تركت انه لا بأس به ان لم ينقد وان نقد فلا خير فيه لان الخيار لا يصلح فيه النقد ولم تقع الاجارة على وجه الجعل وانما وقعت اجارة لازمة شرط فيها الخيار فانما تضي اطلاق مسئلة المدونة في قوله ان بعت هذا الثوب اليوم فلك درهم ولك أن تترك متى شئت انه ليس من باب الجعل وانما هو من باب الاجارة على شرط الخيار للعامل فان باع في بعض اليوم فيجب أن يكون له من الأجر بحسابه وان انقضى اليوم وهو محاول البيع ولم يبع فله الدرهم كاملا وأما على قول ابن حبيب وابن المواز انه يكون له الخيار في اليوم وبعده فانه على وجه الجعل فان عمل يومه ذلك وما بعده ولم يبعه فلا شيء له وان باعه في أول ذلك اليوم فله الجعل أجمع والله أعلم ص ﴿ مالك عن ابن شهاب انه سأله عن الرجل يتكارى الدابة ثم يكريها بأكثر مما تكاراها به فقال لا بأس بذلك ﴾ ش قوله في الذي يكترى الدابة له أن يكريها بأكثر مما اكتراها به قبل القبض وبعده وبهذا قال

* وحدثني مالك عن ابن شهاب انه سأله عن الرجل يتكارى الدابة ثم يكريها بأكثر مما تكاراها به فقال لا بأس بذلك

مالك والشافعي وطاوس وجماعة من العلماء قال القاضي أبو محمد له أن يكريها بمثل ما أكراها به وأقل وأكثر لانه عاوض على ملكه كبائع الأعيان وقال أبو حنيفة من استأجر دارا أو دابة فليس له أن يؤاجرها حتى يقبضها وليس له بعد قبضها أن يؤاجرها بأكثر مما استأجرها وبه قال ابن سيرين والنخعي والشعبي (مسئلة) اذا ثبت ذلك فانه يجوز اجارة كل ما يعرف بعينه مما يصح بدل منافعه كالدور والعبيد والدواب والثياب وغير ذلك من المواعين وأما ما لا يعرف بعينه كالمكيل والموزون فلا تصح اجارته قال القاضي أبو محمد واجارته قرضه والأجرة ساقطة عن مستأجره وهذا قول ابن القاسم وكان شيخنا أبو بكر الأبهري وغيره يزعم أن ذلك يصح وتلزم الأجرة فيه اذا كان المالك حاضرا معه وجه قول ابن القاسم ان الاجارة معاوضة على منافع الأعيان دون الأعيان واذا كانت الدنانير والدراهم والمكيل والموزون لا يصح الانتفاع به مع بقاء العين لم يصح أن يستأجر ووجه القول الثاني ان الانتفاع بها ممكن مع بقاء عينها بان يضعها المستأجر بين يديه يكريها ويحمل وله غرض بأن يرى الناس أن معه مالا كثيرا فيتاجر وينا كح وانما قلنا يكون المالك معه لئلا ينفقها المستأجر ويعطيه بدلها ويزيده الأجرة فيكون قرضا بعوض وهذا الذي ذكره القاضي أبو محمد من قول ابن القاسم والشيخ أبي بكر ليس بخلاف لان ابن القاسم انما منع استئجارها لمنافعها المقصودة منها وليس المقصود من الدنانير والدراهم ما أباح استئجارها به الشيخ أبو بكر وهذا كما يقال لا يجوز استئجار الشجر لمنفعتها المقصودة لانه بيع الثمر على بدو صلاحه ولا بأس أن يستأجرها ليمد عليها الحبال ويبسط الغسال الثياب عليها وما يجري مجرى ذلك مما ليس من منافعها المقصودة والله أعلم (مسئلة) عقد الاجارة لازم من الطرفين ليس لاحد من المتعاقدين فسخه خلافا لأبي حنيفة في قوله ان للمكري فسخه للعذر مثل أن يكتري جمالا للسفر ثم يبدو له أو يمرض فله الفسخ أو يكتري دارا ثم يريد السفر أو دكانا يتجر فيه فيحترق متاعه والدليل على ما نقوله قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود والأمر يقتضي الوجوب ومن جهة المعنى انه عقد معاوضة محضة فكان لازما بالشرع كالبيع ووجه آخر ان كل معنى لا يملك فيه المكري فسخ الاجارة فانه لا يملك المكتري فسخه لانه كالغلاء والرخص (مسئلة) يجوز شرط الخيار في الاجارة معينة كانت أو مضمونة خلافا للشافعي لان المنافع أحد نوعي ما يقصد بالمعاوضة المحضة فجاز اشتراط الخيار فيها كالأعيان قاله القاضي أبو محمد (مسئلة) والاجارة على ضربين اجارة متعلقة بعين واجارة متعلقة بالذمة فأما المتعلقة بالعين فمثل أن يكتري منه دابة معينة وأما المتعلقة بالذمة فمثل أن يكتري منه دابة يأتيه بها يعمل عليها عملا متفقا عليه قال القاضي أبو محمد وكل ذلك جائز لانه لما جاز بيع الدابة المعينة جاز له بيع ما يجوز بيعه من منافعها ولما جاز له أن يبيع دابه موصوفة في ذمته جاز أن يبيع منافعها (فرع) اذا ثبت ذلك فلا يجوز أن يكتري الدابة المعينة كراء مضمونا قال مالك في المدونة ووجه ذلك ان التعيين ينافي الضمان فان المعينة يتعلق الضمان بها والكراء بعينها ومعنى ذلك منافعها المختصة بها لا يقوم غيرها في ذلك مقامها والكراء المضمون يتعلق بذمة المكري فلا يصح اجتماعهما فاذا هلكت الدابة المعينة انفسخت الاجارة بينهما وكان للمكتري على المكري من ثمن المنافع بقدر ما بقي له منها فلا يجوز له أن يأخذ منافع دابة أخرى لان ذلك فسخ دين في دين (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان الكراء على الضربين المذكورين يتقدر عمله بما قدمناه بالعمل وبالزمن فالعمل مثل أن يقول اركب هذه الدابة الى الرملة أو الى مصر أو الى برقة أو الى مكة وأما المقدرة بالثمن فمثل أن يكتري منه دابة ليركبها شهرا ولا بد من تقدير ما يكترى عليه بأحد

الأمرين ليكون للعمل مقدار معلوم والا كان مجهولا وذلك يمنع صحة العقد عليه ولا يجوز أن يجمع التقديران لان ذلك غرر لجواز أن يحصل أحدهما دون الآخر وقد تقدم القول في ذلك (مسئلة) ويجوز أن يكون العمل حالا ومؤجلا ووجه ذلك أحد نوعي ما عاوض فيه المعاوضة المحضة فجاز أن يكون حالا أو مؤجلا أو حاضرة أو غائبة فان كانت غائبة لم يجز النقد فيها حتى تحضر وفي كتاب محمد عن مالك ان اشترط تأخير النقد الى البلوغ فذلك جائز ووجهه ان النقد لا يجوز فيها حتى تحضر فاذا حضرت جاز حين النقد بالشرع والشرط (مسئلة) وان كانت حاضرة فهل يجوز اشتراط ركوبها بعد شهر أو شهرين قال ابن القاسم في المدونة لا بأس به ما لم ينقد وقال غيره لا يجوز ذلك وجه قول ابن القاسم ان الغرر اليسير جائز في العقود ولا سيما مع عدم النقل والظاهر من أمرها السلامة والفرق بين الاجارة في المعين الى شهر وابتياعه الى شهر ان المنافع المعقود عليها غير معينة ولا موجودة ولعدم التعيين تأثير في منع التأخير ووجه آخر وهو أن البيع يقتضي تعجيل النقد والاجارة تقتضي تأخير النقد حتى تستوفي المنافع فلم يؤثر تأخير قبض المنافع في العقد تأثيرا يخرج به عن مقتضاه وفي البيع ان عجل دخله تارة بيع وتارة سلف وان أخر فقد أثر فيه ما يخالف مقتضاه (فرع) اذا قلنا لا يجوز النقد فيما بعد ويجوز فيما قرب ففي الموازية عن ابن القاسم لا يعجبني أن ينقد الكراء الى عشرة أيام ووجه ذلك انه مدة يكثر فيها تغير الحيوان لا سيما مع استخدام صاحبه له واتعابه اياه فيما يريده ويعجبه فيحتاج بتغيره الى رد الكراء فيكون تارة كراء وتارة سلفا (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان اطلاق عقد الكراء في منافع الدابة المعينة لا يقتضي تعجيل النقد خلافا للشافعي والدليل على ما نقوله ما روى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال أعطوا الأجير أجرته قبل أن يجف عرقه ومعلوم أنه ندب الى تعجيل قضاء حقه فاقتضى ذلك انه وقت استحقاقه وانه لم يكن يستحقه قبل ذلك ودليلنا من جهة المعنى انه أحد نوعي ما يعوض عليه دون ذكر تأجيل فلم يجب تسليم الثمن الا عند استيفاء المثمون كالاعيان (مسئلة) اذا أطلق العقد فان كان للبلد عرف من نقد أو تأخير حملوا عليه والا فكلما عمل جزأ من العمل استحق بقدره من الأجرة قاله القاضي أبو محمد وغيره ووجهه ما تقدم (مسئلة) وهذا اذا كانت الاجارة في الذمة فان كانت معينة بأن استأجر اجراء بعمل شهر ثوب فان كان كراء الناس عندهم على النقد أجبر على تسليم الثوب وان لم يكن بالنقد لم تصلح الاجارة ولا الكراء بذلك الا أن يشترط النقد ووجه ما احتج به ابن القاسم من أنه مبيع معين لا يقبض الا بعد شهر فذلك لا يجوز باتفاق قال ابن القاسم والعروض والطعام في هذا سواء وقال ابن حبيب الكراء بهذا كله جائز وان كان سنة الناس من التأخير فهو على التعجيل حتى يشترط التأخير نصر يحا وقاله من أرضى من أصحاب مالك ووجه قول ابن القاسم ان اطلاق العقد محمول على العرف ووجه قول ابن حبيب لا حكم للعرف الفاسد وانما التأثير والحكم للعرف الصحيح (مسئلة) وأما ان شرط أن يمسكه اليومين والثلاثة ان كان يمسك الثوب ليلبسه أو الخادم ليخدم أو الدابة لتركبها يوما أو يومين أو يحبس ذلك للاستيثاق للاشهاد أو نحوه فلا بأس بذلك فان كان بغير منفعة فقد قال ابن القاسم لا يعجبني ذلك ولا أفسخ به البيع ووجه ذلك قصر المدة وقلة الغرر فيها فان كان لغرض فلا كراهية فيه وان كان لغير غرض صحيح فهو مكروه وليس فيه من الغرر ما يفسد به البيع (فصل) فأما الكراء المضمون فانه يجوز أن يكون معجلا بخلاف السلم على المشهور من المذهب ووجه ذلك ان المنافع هذا حكمها لا يجوز أن يعقد منها الا على موجود مع الاجماع على جوازه فمن

يستبر بقوله ولذلك قال تعالى انى أريد أن أنكحك احدى ابنتى هاتين على أن تأجرنى ثمانى حجج فاذا ثبت ذلك فالتعيين فى العين المعقود على منافعها انما هو تعيين لعين المعقود عليه فاذا جاز العقد على منافع دابة معينة مؤجلة فكذلك على منافع دابة غير معينة (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان حكم كراء الراحلة المضمونة الى أجل على تعجيل الكراء لئلا يدخله الكالئ بالكالئ وهل يجوز فيه التأخير * قال مالك اذا تكارى كراء مضمونا كالمتكارى الى غير الحج فى غير ابانه فليقدم منه الدينارين ونحوهما ولا يجوز فى غير ذلك من المضمون يتأخر فيه الركوب أن يتأخر شئ من النقد وروى أبو زيد عن ابن القاسم اذا قدم اليه فى الكراء المضمون الدنانير حتى يأتى بالظهر فلا بأس بذلك وكم من مكر يهرب بالكراء أو يترك أصحابه وروى ابن المواز عن مالك انه كان يكره تأخير النقد فيه الا أن ينقد أكثر الكراء أو ثلثيه ثم قال وقد قطع الاكريا. أموال الناس فلا بأس بتأخير النقد ونقده الدينار ونحوه وسواء كان تأخيره بشرط أو بغير شرط مالم يشترط أجلا بعد تبليغ الحمولة فلا خير فيه فلم يختلف قول مالك فى الكراء للحج واختلف قوله فى الكراء لغير الحج وآخر ما قاله فيه الجواز للضرورة العامة الشاملة (مسئلة) فان كان الكراء المضمون حالا وشرع فى الركوب فلا يحتاج الى نقد لان أحد الطرفين قد تعجل وأخذه فى الركوب وتماديه فيه يقوم مقام استعجاله كما يقوله فى المقاثئ والمبطخة وانه يجوز بيعها بالدين وان كان المعقود عليه لم يخلف أكثره لانه فى حكم الموجود لسابقه وتتابعه (مسئلة) والمركوب لابد أن يعرف بتعيين أو وصف فالمشاهد يشار اليه بأن يقال اكتريتك هذه الراحلة أو الدابة أو العبد والموصوف لابد فيه من ذكر الجنس للحمل وما يصلح للركوب والذكر أصعب من الانثى فلا بد أن يبين قاله القاضى أبو محمد (مسئلة) ولا تتعين الدابة ولا السفينة بكونها فى ملك المكترى وقد قال مالك فى العتبية والموازية فى الذى يكترى من رجل على أن يحمله على دابة أو سفينة لم يسمها وله دابة أو سفينة أحضرها ولم يعلم له غيرها الا انه لم يقل يحملنى على هذه فهلكت بعد أن ركب فعليه أن يأتى بدابة أو سفينة غيرها وذلك على الضمان ومتى اشترط انى أكريك هذه بعينها ينفسخ الكراء بهلاكها أو يكرى منه جزأ من هذه السفينة فان ذلك يكون كالتعيين *قال القاضى أبو الوليد أيده الله وهذا عندى انما يتصور على ما قدمناه من ان المضمون موصوف على أحد وجهين اما أن يكونا قد تواصفا ما وقع عليه الكراء فهذا تصريح بالكراء ثم أحضره ما فى ملكه قضاء عن المضمون واما ان لا يكونا تواصفا شيأ فيكون ما أحضر من الراحلة فى عدم التعيين يقوم مقام الوصف لما عقدا عليه فيكون الاحضار قبل العقد وهذا أظهر لقوله يحملنى على دابة أو سفينة ولم يسمها يتعلق العقد بشئ ما من غير تعيين ولا يجوز الزام العقد فيه الا على الوصف على ما تقدم والله أعلم وأحكم

(فصل) ذكر القاضى أبو محمد ان الظاهر من مذهب أصحابنا أن استيفاء المنافع لا يختص بالعين المعقود عليها وان عينت لذلك فانما هو كالوصف لا تنفسخ الاجارة بتلفه بخلاف العين المستأجرة تتلف وذلك مثل أن يستأجره على رعاية غنم بأعيانها وخياطة قميص بعينه فتهلك الغنم ويحترق الثوب فان العقد لازم لا ينفسخ وعلى المستأجر أن يوفى جميع الاجرة ويأتى ان شاء بغنم مثلها وقد قيل ان العين التى تستوفى فيها الاجارة تتعين بالتعيين فتنفسخ الاجارة بتلف المحل المعين قال ووجه القول الاول ان عقد الاجارة لازم من الطرفين فلو كان يختص الاستيفاء بمحل معين لما لزم من جهة المكترى لأن له بيع متاعه وغنمه بعد الاستئجار عليها ووجه القول الثانى ان هذا أحد المحلين

بالاجارة فتصح بعينه كالعين التى تستوفى فيها من المنافع لأنه اذا استأجر دابة ليركبها فهلكت بطلت الاجارة فلذلك اذا عين من يركبها أو القميص الذى يخيطه أو الغنم التى يرعاها يجب أن تنفسخ الاجارة بتلف ذلك ولأنه يجب ذلك فى الظئر تستأجر لرضاع صبي والطبيب لعلاج مريض أو قلع ضرس اذا مات الصبي و برئ المريض فكذلك سائر ما يستأجر عليه وهذا الذى قاله أبو محمد فيه نظر وظاهر المذهب على خلاف هذا وذلك ان محل استيفاء المنافع ينقسم على ثلاثة أضرب ضرب لا يختلف بالجنس ولا تختلف أعيانه كحمل القمح وحمل الشعير وحمل الشقة فهذا لا فائدة فى تعيينه لأنه لا خلاف بين حمل قمح وحمل قمح آخر من جنسه فى مثل وزنه ولا تستضر الدابة بحمل أحدهما الا مثل استضرارها بالآخر فلا يتعين بالعقد عليه وقد قال ابن المواز ولو أحضر متاعا اكترى عليه لم يكن ذلك تعيينا له ولو اشترط أن لا يعدوه ولا يأتى بغيره ولم يبدله لم يجز ذلك فان حمل فله كراء مثله و وجه ذلك انه ما لم يكن فى عينه غرض صحيح فانه لا يتعين بالعقد كالدنانير والدراهم والجزء من الجملة (فرع) فاذا قلنا ان ما تساوى حاله فى أن استيفاء المنافع لا يتعين بالعقد عليه فانه يتعلق العقد به فى الذمة من ذلك الجنس فمن استأجر على حمل متاع فتلف ذلك المتاع لم تنفسخ الاجارة وكان على المستأجر اداجميع الاجارة و يأتى بمثل المتاع يحمل له ان شاء (فرع) فان شرط تعيينه وان لا يعدوه الى غيره فقد تقدم من قول ابن المواز انه لا يجوز لأنه من شرط فى مضمون انه متى عينه ثم تلف قبل استيفاء الحق منه بطل الحق ببطلانه وفسد العقد للشرط المدخل للغرر لأن من شرط المضمون لا يبطل العقد فيه بالاستيفاء دون الاحضار للاستيفاء ألا ترى ان من سلم فى عدد من الطعام على انه متى أحضره صبره من جنس ذلك الطعام فتلف قبل الكيل انه يبطل السلم فان هذا الشرط يبطل السلم والله أعلم (مسئلة) اذا ثبت ذلك فانه لا يحتاج الى وصف الراكب خلافا للشافعي لما قدمناه وذلك ان الاجسام فى الاغلب متقاربة فلم يحتج الى تعيينه بالوصف ولا بالرؤية فان جاء برجل فادح عظيم الخلق خارج عن المعتاد لم يلزمه قال القاضى أبو محمد لأن هذا نادر ولا يتعلق العقد الا بالمعتاد دون النادر

(فصل) والضرب الثاني ضرب تختلف أعيانه بتباين أغراضه كالعليل يستأجر الطبيب على علاجه والمرضع تستأجر الظئر على رضاعه والمعلم يستأجر على تعليم الصبي و رياضة الدابة وما جرى مجرى ذلك فان هذا يتعين بالعقد ولا يجوز العقد منه على مضمون فى الذمة لاختلاف الناس وتفاوتهم فى أمراضهم واختلاف الاطفال فى كثرة الرضاع وقلته مع مشقة تناول أحوال بعضهم وكذلك من يعلم القرآن والصنائع يتفاوتون فى التعليم للاختلاف فى الذكاء وقبول التعلم

(فصل) والضرب الثالث تختلف أعيانه اختلافا يسيرا كالغنم والماشية يستأجر عليها من يرعاها و يحفظها فيختلف الجنس من الماشية وسكونها وأنسها وليس بكبير اختلاف ففي مثل هذا الجمهور من أصحابنا على انها لا تتعين بالعقد لتقارب أحوال الجنس منها وأما صفة العقد فقد قال ابن القاسم لا يصلح العقد عليها الا بشرط خلف ما هلك منها وقال غيره يجوز ذلك من غير شرط والحكم يوجب له ذلك وأما الذى يراه من ذلك فكالصفة (مسئلة) ولو استأجر على حصاد زرع فى بقعة معينة ففى الموازية من رواية أشهب عن مالك ان هلك الزرع انفسخت الاجارة قال ابن القاسم الاجارة ثابتة و يستعمله فى مثله وجه قول مالك اختلاف حال البقع بالقرب والبعد وتعيير المثل لا سيما يضرب و يكون للمستأجر فيه رفق ووجه قول ابن القاسم ان عمل الحصاد لا يختلف فى الزرع فلذلك لا يتعين بالعقد على حصاده كحمل الاحمال والله أعلم وأحكم

بسم الله الرحمن الرحيم
﴿ كتاب المساقاة ﴾
﴿ ماجاء في المساقاة ﴾
* حدثنا يحيى عن مالك عن ابن شهاب عن سعيد ابن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ليهود خيبر يوم الفتح أقركم فيها ما أقركم الله عز وجل على أن الثمر بيننا وبينكم قال فكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يبعث عبد الله بن رواحة فيخرص بينه وبينهم ثم يقول ان شئتم فلكم وان شئتم فلي فكانوا يأخذونه * وحدثني مالك عن ابن شهاب عن سليمان بن يسار أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يبعث عبد الله بن رواحة الى خيبر فيخرص بينه وبين يهود خيبر قال فجمعوا له حليا من حلي نسائهم فقالوا له هذا لك وخفف عنا وتجاوز في القسم فقال عبد الله بن رواحة يامعشر اليهود والله انكم لمن أبغض خلق الله الي وما ذاك بحاملي على أن أحيف عليكم فأما ماعرضتم من الرشوة فانها سحت وانا لانأ كلها فقالوا بهذا قامت السموات والأرض

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾
﴿ كتاب المساقاة ﴾
﴿ ماجاء في المساقاة ﴾

ص ﴿ مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ليهود خيبر يوم الفتح أقركم فيها ما أقركم الله عز وجل على أن الثمر بيننا وبينكم قال فكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يبعث عبد الله بن رواحة فيخرص بينه وبينهم ثم يقول ان شئتم فلكم وان شئتم فلي فكانوا يأخذونه * مالك عن ابن شهاب عن سليمان بن يسار أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يبعث عبد الله بن رواحة الى خيبر فيخرص بينه وبين يهود خيبر قال فجمعوا له حليا من حلي نسائهم فقالوا له هذا لك وخفف عنا وتجاوز في القسم فقال عبد الله بن رواحة يامعشر اليهود والله انكم لمن أبغض خلق الله الي وماذاك بحاملي على أن أحيف عليكم فاما ماعرضتم من الرشوة فانها سحت وانا لا نأكلها فقالوا بهذا قامت السموات والارض ﴾ ش قوله انه قال ليهود خيبر يوم افتتح خيبر يريد في ذلك الزمن حيث وجب تفرغ النظر للمسلمين فيها كما يقال قال كذا يوم بدر وفعل كذا يوم أحد وانما جرى ذلك في الأيام المضافة اليها

(فصل) وقوله على ما أقركم الله عز وجل على ان الثمر بيننا وبينكم يقتضي ان النخل صارت لرسول الله صلى الله عليه وسلم وللمسلمين دون أهل خيبر ولذلك كان لهم بالعمل بعض الثمرة واختلف العلماء في افتتاح خيبر فقال بعضهم افتتحت عنوة لما روى عبد العزيز بن صهيب عن أنس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم غزا خيبر فأصبناها عنوة وقال آخرون افتتحها بعضها عنوة وبعضها صلحا وهو الذي رواه مالك عن ابن شهاب والكتيبة أكثرها عنوة وفيها صلح قال مالك والكتيبة من أرض خيبر أربعون ألف عرق وقال موسى بن عقبة كان مما أفاء الله على المسلمين من خيبر نصفها فكان النصف لله ولرسوله والنصف الآخر للمسلمين فكان النصف الذي لله ولرسوله الكتيبة والوطيح والسلالم ووجرة والنصف الذي للمسلمين بطلة والشق وهذا يقتضي ان معنى الصلح انهم تخلوا عن النخل والارض فعلى هذا تقرر ان جميع الارض والنخل لله ولرسوله وللمسلمين (مسئلة) فاما ان كان على وجه الصلح فذلك كله لله ولرسوله قال القاضي أبو اسحق قال وكان سبيل ذلك سبيل النضير وما كان لرسول الله صلى الله عليه وسلم بعد ذلك وما كان من خيبر بقتال وقسمها رسول الله صلى الله عليه وسلم بين من حضرها من المسلمين وبين من غاب عنها من أهل الحديبية خاصة لان الله تعالى وعدهم بها يريد قوله تعالى وعدكم الله مغانم كثيرة تأخذونها فعجل لكم هذه (مسئلة) وظاهر قوله أقركم على ما أقركم الله يقتضي ان ذلك كان عند المساقاة ولعله كان بعد وصف العمل والاتفاق منه على معلوم بعبارة أو غيرها وقد ذهب الى جواز المساقاة مالك والشافعي وجمهور الفقهاء ومنع جوازها أبو حنيفة والدليل على ما نقوله ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم أعطى خيبر ليهود على أن يعملوها ويزرعوها ولهم شطر ما يخرج منها ومن جهة القياس ان الثمر نوع مال يزكو بالعمل لا يجوز أن يكون لذاته المعروفة فجازت المعاملة عليه ببعضها (مسئلة) وهذا اللفظ لا يتناول العقد على مدة يلزم العقد في جميعها وانما يلزم في مقدار منها فاما المساقاة فانها تلزم في عام واحد لانه لا يمكن أن تتبعض وكذلك كلما شرع العامل في عام لزم العقد في ذلك العام وكذلك المتساقيان

بالخيار فيما بعده وقد قال مالك فى الرجل يكترى من الرجل داره على شهر بدينار أو كل عام بدينارين ان ذلك جائز ولكل واحد منهما فى الاجارة أن يتمادى على العمل وان يتركه ماشاء وكذلك المساقاة لكل واحد منهما ترك ذلك مالم يشرع العامل فى عمل سنته فتلزمه تلك السنة وقال عبد الملك يلزم أجرة جزء واحد مما جعلاه عملا على حساب الاجرة من شهر أو سنة وجه الرواية الاولى ان العقد لم يقع على شئ مقرر يلزم فيه وانما هو مبنى على ان ما اتفقا عليه لزمهما بالاستيفاء من حساب ما قرراه ولهما أن يزيدا ماشاآ مما اتفقا على ذلك ومن أراد منهما الترك فذلك له اذ ليس بينهما عقد يلزم أحدهما وجميع المدة فى ذلك على كل واحد فاذا كان الخيار لكل واحد منهما فى الشهر الثانى والسنة الثانية فكذلك الاولى ووجه القول الثانى ان عقد الاجارة عقد لازم وأقل ما يقع عليه العقد ماذكره من المدة المقدرة فيجب أن يلزم فيه ويكون الخيار فيما بعده

(فصل) وقوله على ان الثمرة بيننا وبينكم يقتضى المشاركة وليس فى هذا اللفظ تحديد جزء العامل من الثمرة غير ان الظاهر المساواة ولعله قد تبين ذلك لهم فنقله الراوى على هذا اللفظ لما كان ظاهره المساواة وقد روى عن ابن عمر انه قال أعطى رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل خيبر النصف وأبو بكر وصدرا من خلافة عمر (مسئلة) ويقتضى مع ذلك المساواة فى الحوائط كلها وان كان بعضها أفضل من بعض وقد قال ابن القاسم فى العتبية لا بأس أن يساقيه حائطين على النصف جميعا أو على الثلث قال مالك فى الموازية ويجوز أن يكون أحد الحائطين نخلا وفى الآخر أصناف الشجر ويكون بعضها أفضل من بعض سقيا واحدا وان كان بعضها بعلا وبعضها سقيا فان كان على مساقاة مختلفة فلا خير فى ذلك ووجه ذلك أن النبى صلى الله عليه وسلم ساقى خيبر كلها على النصف وفيها الجيد والردىء ومن جهة المعنى ان عقد المساقاة بمعنى حكم القراض فكما لا يجوز أن يدفع اليه مالين على وجه القراض بعقد واحد وعلى أجزاء مختلفة لم يجز ذلك فى المساقاة ولما جاز أن يدفع اليه جنسين من العين ورقا وذهبا فى عقد واحد على جزء واحد جاز مثله فى المساقاة (فرع) فاذا قلنا انه لا يجوز عمل فى عقد واحد على أجزاء مختلفة فان عمل على ذلك رد الى مساقاة مثله وكذلك لو عاقده السنتين بأجزاء مختلفة لم يجز فان عمل على ذلك جميع السنتين فله مساقاة مثله فيما مضى وفيما بقى ولا يفسخ ما بقى وقاله فى الموازية ووجه ذلك انه انما يلزمه مساقاة جميع السنتين لانه انما أخذ بعضها بسبب بعض فقد ينفق فى أول عام ليستغل أعواما فاذا لزمه بعض الأعوام لزمه جميعها (مسئلة) وان كان فى عقود مختلفة على أجزاء مختلفة جاز ذلك قاله فى الموازية ولا يجوز مثل هذا فى القراض لان عقد القراض عقد جائز وعقد المساقاة عقد لازم فاذا عقد معه فى حائط على النصف ثم عقد معه فى حائط آخر على الثلث لم يتعلق أحد العقدين بالآخر فجاز ذلك

(فصل) وقوله فكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يبعث ابن رواحة للخرص ظاهر اللفظ يقتضى تكرر خرصه لهم وقال الشيخ أبو اسحاق فى زاهيه خرص عليهم عاما ثم قتل بمؤتة فقدم غيره ويحتمل أن يريد خرص أموال المساقاة لما يجب فيها من الزكاة لان مصرف الزكاة فى غير مصرف غلة أرض العنوة ونخلها لان الزكاة لا تصرف الا الى الأصناف التى ذكر الله تعالى فى كتابه فى قوله تعالى انما الصدقات للفقراء والمساكين الآية وأما غلة أرض العنوة فان الامام يعطيها من يستحقها من الأغنياء والفقراء ولذلك كان يخرصها ليميز حق الزكاة من سائرها وقد قال ابن مزين سألت عيسى عن فعل ابن رواحة اذا كان يخرص تمر خيبر الذى أمره النبى صلى الله عليه وسلم

بأيدي اليهود مساقاة ثم يقول لهم ان شئتم فلكم وان شئتم فلي فكانوا يأخذون أيجوز ذلك للمساقيين والشريكين فقال لا يعمل بذلك ولا يصلح اقتسامه الا كيلا الا أن تختلف حاجتهما اليه فيقتسمانه بالخرص وهذا الذي قاله عيسى حمله عليه انه تأول الخرص للقسمة خاصة واذا كان الخرص للزكاة لزم اخراجها من جميع ثمر الحائط ان كان العامل ذميا أو عبدا لان الزكاة انما تعتبر بحال مالك الأصل فان كان صاحب الأصل مسلما حرا فالزكاة في جميعه وان كان صاحبه عبدا أو ذميا فلا زكاة في شيء منه لان العامل انما يملك حصته من الثمرة بالقسمة والزكاة تجب فيها قبل ذلك ببدو الصلاح وقد تقدم ذكره (مسئلة) ويحتمل أن يكون الخرص للقسمة لانه قد علم اختلاف حاجتهما اليه لان اليهود كانوا يريدون أن يأكلوه رطبا والصحابة لا يمكنهم ذلك ولا يحتاجون اليه الا تمرا وقد قال مالك في الشركاء في الحائط تختلف حاجتهم الى الثمرة فبعضهم يريد البيع وبعضهم يريد أكله رطبا وبعضهم يريد أكله تمرا ان ذلك يبيح قسمته بينهم بالخرص وان اتفقت حاجتهم فان أراد جميعهم البيع أو أكله رطبا أو تمرا لم يقسم بينهم بالخرص وقد تقدم ذكره في القسمة

(فصل) وقول ابن رواحة ان شئتم فلكم وان شئتم فلي حمله عيسى على أنه كان يسلم اليهم جميع الثمرة بعد الخارص ليضمنوا حصة المسلمين من الثمرة ولو كان هذا لم يجز لانه بيع الثمرة بالثمرة بالخرص في غير العرية وانما يجوز مثل هذا في الزكاة أن يخرص عليهم ثم يكون عليهم من الثمر ما أوجبه الخارص عليهم على سنة الزكاة في أموال المسلمين لان أصل الحوائط لهم فاذا حملناه على هذا الوجه فمعنى قوله ان شئتم فلكم وان شئتم فلي على سبيل التحقيق لصحة خرصه فيقول لهم ان شئتم أن تأخذوا الثمرة على أن تؤدوا زكاة ما خرصته عليكم والا فأنا أشتريها من الفيء بمثل ما يشترى به فيخرج هذا الخرص الذي خرصه وذلك معروف لمعرفتهم بسعر التمر فكانوا يأخذونه لتحققهم صحة قوله وان قلنا ان المراد به خرص الثمرة لاقسمة لاختلاف الحاجة فمعنى قوله ان شئتم فلكم هذا النصف وان شئتم فلي ولكم هذا الآخر على معنى التخيير لهم في النصفين ليأخذوا أيهما شاؤا لتحققه التساوي في ذلك فكانوا يأخذون الذي يسرهم ويخصهم به اما لان ذلك أنفع لهم وأقرب لمساكنهم أو أبعد من الدخول فيه عليهم أو لمعنى من المعاني أو لانهم فرحوا به وسألوه اياه بين ذلك ان وقت طيب النخل أو بعد ذلك ما دامت في رؤس النخل ليس بوقت قسمة ثمرة المساقاة لان على العامل أخذها والقيام عليها حتى يجري الصاع أو الوزن بسبب ذلك ان الخرص قبل ذلك لم يكن للقسمة الا بمعنى اختلاف الأغراض والحاجات على ما تقدم

(فصل) والظاهر في قوله لجماعتهم ان شئتم فلكم وان شئتم فلي انه كان على وجه المساقاة لاختلاف الأغراض والحاجات يقتضي انه ساقى جميعهم جملة واحدة في جملة الحوائط ولم يخص كل انسان منهم بحائط أو حوائط ولذلك قال مالك قد ساقى رسول الله صلى الله عليه وسلم خيبر على مساقاة واحدة على النصف وفيها الجيد والدنيء ولا تعلق له في هذا الا أن يكون عقد على جميعها عقدا واحدا وان كان في غالب الحال يختلف ما عوقدوا عليه لاختلاف الحوائط مع جواز المساقاة على أكثر من النصف وأقل ولا اختلاف انه يجوز لصاحب الحائط أن يساقي فيه جماعة

(فصل) وقوله في حديث ابن يسار كان يبعث ابن رواحة ليخرص بينه وبين يهود وأضاف الخرص اليه لتصرفه فيه ويحتمل أن يكون ذلك فيما يخصه لنفقة عياله وانما اذنه ليخرص على ما تقدم خبر أن لفظة كان تقتضي التكرار واذا تكرر اذنه اليهم لهذا المعنى لدينه وأمانته ومعرفته بهذا

الشأن ولعله كان عالما بثمر تلك الجهة وما ينقص بالجفوف

(فصل) وقوله فجعلوا له حليا وقالوا هذا لك وخفف عنا أرادوا بذلك التخفيف من الحق الذي يجب في الخرص ولا يجوز فعله لما فيه من الحيف على المسلمين وأما التخفيف اليسير فان كان بمعنى المقاسمة فلا يجوز فيه الا المساواة وان كان بمعنى الزكاة فقد تقدم ذكره في باب الزكاة

(فصل) وقوله يامعشر يهود انكم لمن أبغض خلق الله الى يريد لكفرهم واظهارهم العداوة والمخالفة للنبي صلى الله عليه وسلم والمسلمين وقد أنبأ الله تعالى بذلك فقال لتجدن أشد الناس عداوة للذين آمنوا اليهود والذين أشركوا ثم قال وما ذاك بحاملي على الحيف عليكم يؤيسهم بذلك من حيفه على المسلمين مع محبته فيهم وسعيه لهم

(فصل) قوله وأما ما عرضتم من الرشوة فانه سحت يريد حرام وقد وصف الله اليهود بأكلها فقال سماعون للكذب أكالون للسحت وقال تعالى يا أيها الذين آمنوا ان كثيرا من الأحبار والرهبان ليأكلون أموال الناس بالباطل ويصدون عن سبيل الله فراموا أن يستنزلوا ابن رواحة لما علموا من ورعه وأمانته وحرصوا أن يدخلوه فيما يتلبسون به من أخذ الرشوة وأكل السحت قال الله عز وجل ود كثير من أهل الكتاب لو يردونكم من بعد ايمانكم كفارا حسدا من عند أنفسهم من بعد ما تبين لهم الحق وقال ودوا لو تكفرون كما كفروا فتكونون سواء فعصمه الله ورد ذلك عليهم ولم يعاقبهم امتثالا لقول الله تعالى فاعفوا واصفحوا حتى يأتي الله بأمره

(فصل) وقولهم بهذا قامت السموات والأرض يحتمل أن يريدوا به الاقرار بالحق والرجوع الى الاعتراف به اما لتعجيل الخزي لهم في الدنيا أو ليتخلصوا به مما ظنوا انه يحل بهم من العقوبة اذا أروه الرجوع الى قوله والرضا بفعله ص ﴿ قال مالك اذا ساقى الرجل النخل وفيها البياض فما ازدرع الرجل الداخل في البياض فهو له قال وان اشترط صاحب الأرض أنه يزرع في البياض لنفسه فذلك لا يصلح لان الرجل الداخل في المال يسقي لرب الأرض فذلك زيادة ازدادها عليه قال وان اشترط الزرع بينهما فلا بأس بذلك اذا كانت المؤنة كلها على الداخل في المال البذر والسقي والعلاج كله فان اشترط الداخل في المال على رب المال أن البذر عليك كان ذلك غير جائز لانه قد اشترط على رب المال زيادة ازدادها عليه وانما تكون المساقاة على أن الداخل في المال المؤنة كلها والنفقة ولا يكون على رب المال منها شيء فهذا وجه المساقاة المعروف ﴾ ش وهذا على ما قال وذلك انه لا يخلو أن يسكت عن البياض في عقد المساقاة أو يشترط أحد المتعاقدين فان سكت عنه فقد قال ابن الجلاب في تفريعه هو لصاحبه يفعل فيه ما شاء من زراعة واجارة أو ترك وقال محمد وابن حبيب ان نشأ ماعند الزراعة فذلك للعامل وجه القول الأول وهو مقتضى رواية ابن نافع عن مالك الحديث المتقدم أقركم ما أقركم الله على أن الثمرة بيننا وبينكم فوجه الدليل من هذا انه شرط لنفسه وللمسلمين نصف الثمرة وذلك وقت الاشتراط واستيفاء الجفوف وتبينها فظاهر ذلك ان جميع ما يكون له وجه آخر وهو ان الأرض بين العاملين وانما يكون للنبي صلى الله عليه وسلم والمسلمين ما تناوله اشتراطه وهو نصف الثمرة دون سائر ما بأيديهم ولذلك انفردوا بمساكنها ومسارحها وغير ذلك وما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه أعطى خيبر ليهود على أن يعملوها ويزرعوها ولهم شطر ما يخرج منها على ما يعمل فيها من الأشجار يحتمل أن يكون في عقدين أو على مكانين أو زمانين ويحتمل أن يعود الضمير فيما يخرج منها على ما يعمل فيها من الأشجار فيكون بمعنى ما قدمناه في الحديث الأول

قال مالك اذا ساقى الرجل النخل وفيها البياض فما ازدرع الرجل الداخل في البياض فهو له قال وان اشترط صاحب الأرض انه يزرع في البياض لنفسه فذلك لا يصلح لأن الرجل الداخل في المال يسقي لرب الارض فذلك زيادة ازدادها عليه قال وان اشترط الزرع بينهما فلا بأس بذلك اذا كانت المؤنة كلها على الداخل في المال البذر والسقي والعلاج كله فان اشترط الداخل في المال على رب المال ان البذر عليك كان ذلك غير جائز لأنه قد اشترط على رب المال زيادة ازدادها عليه وانما تكون المساقاة على أن الداخل في المال المؤنة كلها والنفقة ولا يكون على رب المال منها شئ فهذا وجه المساقاة المعروف

(مسئلة) وان كان سكت عن ذلك حتى زرعها العامل لنفسه فقد قال محمد وابن حبيب ما زرع العامل فهو له وفى كتاب ابن سحنون عن ابن نافع عن مالك عليه كراء الأرض لصاحب الحائط وجه القول الاول ماقدمناه من ان لفظ المساقاة انما يختص بالثمار وما كان من الارض على وجه التبع فهو للعامل كالمراح والمسكن وغير ذلك ووجه القول الثانى انه مقصود بالحرث والعمل فوجب أن لايختص بالعامل كالثمرة (مسئلة) وأما الشرط فان فضل ذلك ملغى للعامل قاله مالك فى المدونة والموازية وغيرهما ووجه ذلك ماقدمناه من ان اسم المساقاة يختص بالثمر وماله أصل ثابت وفرع ظاهر حين المساقاة وأما الارض البيضاء فعلى وجه ارتفاق العامل مابين الاصول من البياض (مسئلة) فان شرطا أن يكون بينهما على أن يكون البذر والعمل من عند العامل فقد قال مالك فى المدونة وغيرها ذلك جائز قال ابن القاسم وذلك أن السنة جاءت فى خيبر ان النبى صلى الله عليه وسلم عاملهم فى البياض والسواد على النصف (مسئلة) وان شرطا أن يكون بينهما والبذر من عندهما ففى المدونة لايجوز ذلك وكذلك ان كان البذر كله من عند صاحب الارض ففى الموازية لايجوز ووجه ذلك أن العمل والمنفعة كلها على العامل لايجوز أن يكون شئ من ذلك على صاحب الارض والبذر والعمل من ذلك فلا يجوز أن يكون شئ منه عليه كما لايجوز أن يكون له جميع الزرع لما فى ذلك من اشتراطه على العامل زيادة ينفرد بها ولو كان البياض تبعا فاشترط العامل ثلاثة أرباعه فقد أبى ذلك ابن القاسم وكرهه أصبغ مرة ثم أجازه وجه القول الاول انه لما اشترط بعضه كان ذلك زيادة فى المساقاة ازدادها العامل ولم يكن على وجه الالغاء لأن الالغاء انما يكون فى جميعه ووجه القول الثانى انه اشترط أرضا هى تبع المساقاة فجاز ذلك كما لو اشترطاه جميعا والتوجيهان لأصبغ من رواية محمد (فرع) وسواء كان البياض بين أثناء السواد أو منفردا عن الشجر فى ذلك الحائط قاله محمد ووجه ذلك أنه تبع لملك صاحب الاصل (فرع) ولو استثنى العامل البياض فيما يجوز زرعه ثم أجيحت الثمرة ففى العتبية من رواية سحنون عن ابن القاسم عن مالك عليه كراء الارض البياض وقال سحنون جيد لأنه لم يعط اياه الا بعمل السواد فلما ذهب السواد كان له أن يرجع بالكراء قال على بن زياد عن مالك وكذلك لو عجز الداخل عن العمل عليه كراء مثله فى البياض (فرع) وان كانت المساقاة فى زرع وفى وسطه أرض بيضاء فاشترطها العامل لنفسه قال ابن القاسم لا بأس بذلك كالنخل وهذا اذا كانت يسيرة تبعا لأرض الزرع قال محمد وحكمه حكم بياض النخل وأحب الينا أن يلغى للداخل (مسئلة) واذا ساقاه زرعا فيه شجر تبعا للزرع ففى الموازية عن ابن القاسم انه بخلاف البياض بين النخل وكراء الارض فلا يجوز الا على سقاء واحد لا للعامل كمشترى الدار فيها نخل يشترط ثمرتها ولا يجوز أن يكون بينهما ولا يكون لصاحب الارض اذا كان العامل يسقى ذلك قاله محمد وجه القول الاول انه مما يجوز فيه المساقاة فلا يخلو أن يلغى كنوع من الشجر ووجه القول الثانى ان هذه أرض يعتبر فيها التبع للنخل فجاز أن يلغى كما لو ابتدأ بذرها وزراعتها قال ابن المواز ولم أجد أحدا اختار هذا القول وقول ابن القاسم هو المعروف

ص ﴿ قال مالك فى العين تكون بين الرجلين فينقطع ماؤها فيريد أحدهما أن يعمل فى العين ويقول الآخر لا أجد ما أعمل به انه يقال للذى يريد أن يعمل فى العين اعمل وأنفق ويكون لك الماء كله تسقى به حتى يأتى صاحبك بنصف ما أنفقت فاذا جاء بنصف ما أنفقت أخذ حصته من الماء وانما أعطى الاول الماء كله لأنه أنفق ولو لم يدرك شيأ بعمله لم يعلق الآخر من النفقة شئ ﴾ ش روى

* قال مالك فى العين تكون بين الرجلين فينقطع ماؤها فيريد أحدهما أن يعمل فى العين ويقول الآخر لا أجد ما أعمل به انه يقال للذى يريد أن يعمل فى العين اعمل وأنفق ويكون لك الماء كله تسقى به حتى يأتى صاحبك بنصف ما أنفقت فاذا جاء بنصف ما أنفقت أخذ حصته من الماء وانما أعطى الأول الماء كله لأنه أنفق ولو لم يدرك شيأ بعمله لم يعلق الآخر من النفقة شئ

سحنون عن ابن القاسم في تفسير قول مالك في الماء يكون بين الرجلين فيغور أن كل أرض مشتركة لم يقتسما أصلها من نخل أو أصول أو أرض فيها زرع زرعوه جميعا فانهدمت البئر فانه يقال لصاحبه اعمل مع صاحبك أو بع حصتك من الاصل والماء أو قاسمه الاصل نخذ حصتك و يأخذ حصته فمن أحب أن يعمل عمل ومن أحب أن يترك ترك ومن عمل منهما كان له الماء كله حتى يأتيه شريكه بما يصيبه من النفقة فيرجع على حقه من الماء وان كان بينهما زرع أو شجر مثمر في أرض لهما فان الآبي يجبر على عمل حصته أو يبيعها من يعمل معه وأما اذا كانت حصة كل واحد منهما مفردة والماء واحدا فمن أبى منهما العمل فذلك له ويقال للآخر اعمل ولك الماء كله حتى يأتي شريكه بحصته من النفقة وانما ذلك بمنزلة الدار تنهدم فيأبى أحد الشريكين أن يبني فيقال له ابن مع شريكك أو قاسمه قاله سحنون وابن نافع والمخزومي يقولان انما ذلك في بئر ليس عليها ما يحيى لا زرع ولا نخل ولا غيره فأما ما كان بئرا أو عينا عليهما ما يحيى فان أبى العمل يجبر على أن يعمل مع شريكه أو يبيع ممن يعمل معه كالسفل لرجل والعلو لآخر فينهدم ذلك فان صاحب السفل يجبر على أن يعمل معه فان أبى بيع عليه وقال عيسى في العتبية يقال للآبي اما أن تعمل واما أن تبيع ممن يعمل معه و يجبر على ذلك قال وكذلك قال مالك فيجيء على قول ابن القاسم ان ذلك على ثلاثة أضرب اذا كان ما يسقي بالبئر أو العين مقسوما فمن شاء منهما أن يبني بنى ومن شاء أن يترك ترك وقاسه على الشريكين في الدار تنهدم وقاسه ابن نافع والمخزومي على صاحب السفل والعلو وهو أظهر لأن شريكه في العين لا يقدر على الانتفاع به لقسمة الاصل كما لا يقدر صاحب العلو على بنيان علوه الا بعد ان يبني صاحب السفل وصاحب الدار يقدر بعد المقاسمة على بنيان حصته من القاعة والضرب الثاني أن يكون مشاعا يقدر على مقاسمته فانه يؤمر الآبي أن يعمل مع صاحبه أو يقاسمه فيعود الى حكم الضرب الاول والضرب الثالث أن يكون الذي يسقيان مما لا يصلح قسمته كثمرة نخلها أو زرع أرضها فهو الذي يجبر عند ابن القاسم على العمل مع شريكه أو على أن يبيع ممن يعمل معه فراعى في هذا بقاء الشركه بينهما وادار وعى حق الطالب الذي يرد العمل فان المضرة تلحقه اذا انفرد زرعه وثمرته كما تلحقه حال الاشتراك فيجب أن يكون الحكم في ذلك سواء على ما رواه عيسى عن مالك (مسئلة) فان عمل أحدهما دون الآبي فقد قال ابن القاسم في الثلاثة الاضرب انه يكون بالماء كله حتى يأتيه شريكه بما يصيبه من النفقة وهو قول مالك الا انه اذا أعطاه حصته من النفقة فقد صار منفقا معه وزالت العلة المانعة من ذلك وهو ابايته من النفقة (فرع) فلو كان العامل قد اغتل منها غلة كثيرة قبل أن يرد اليه حصة الآبي مما أنفق فقد روى عيسى في العتبية انه اختلف في ذلك فقال محمد بن دينار في مسئلة الرحا للعامل من ذلك بقدر ما أنفق وما كان له قبل أن ينفق ويكون للآبي بقدر ما كان بقي له من ذلك وهو قول ابن وهب وأما ابن القاسم فقال ثمرة الغلة كلها للعامل دون الآبي حتى يعطى قيمة ما عمل قال عيسى وبهذا القول رأيت ابن بشير يحكم وبه أخذ ثم قال ابن القاسم بعد ذلك في مسئلة الرحا يحاصه بما عمل فيما أنفق فاذا استوفى ذلك رجع الآبي في حظه ولم يكن عليه شئ وجه قول ابن دينار ان مقدار ما كان بقي من منافع الرحا من هندو آله لأصبغ فيه فمن اختار العمل فعليه باقيه للآبي وما زاد على ذلك فان للعامل غلته مع حصته مما بقي ووجه قول ابن القاسم الأول وهو الذي اختاره عيسى أن حصة الآبي لم يكن ينتفع بها ولا غلة لها الا بما عمله العامل فكانت غلة ذلك كله للعامل حتى يعطيه الآبي حصته من النفقة كرقبة العين ووجه القول الثاني لابن القاسم ان الرحا

والعين باقيان على ملك الآبي حصته منها يجب أن تكون له بذلك القدر من غلتها وانما كان ما أنفقه
العامل في ذلك اذا قلنا بقول محمد بن دينار واختيار عيسى بن دينار فان الذي يرد سلفا لا يتعلق بذمة
وانما يتعلق بعين لا يتأتى فيه فاذا عاد اليه سلفه رجع الآبي الى استيفائه (فرع) فاذا قلنا بقول
محمد بن دينار واختيار عيسى بن دينار فان الذي يرد الآبي الى العامل ما ينوبه من قيمة العمل يوم
يدخل معه لا يوم عمله ولا ما ينوبه من النفقة التي أنفق الا أن يكون ذلك بحدثانه قاله عيسى ووجه
ذلك انه لما كان الانفاق له فان للآبي الرجوع لانه من ذلك اليوم تكون له رقبته وغلته وأما قبل
ذلك فان رقبته وغلته للعامل كانتا فكان له الزيادة وعليه النقص (فرع) واذا قلنا بقول ابن
القاسم الثاني فيجب أن يرد ما أنفق في البنيان على وجه السلف لان الآبي يحتسب له بغلته من ذلك
اليوم فيجب أن تلزمه تلك النفقة ما لم يكن فيها غابن (مسئلة) واذا غار ماء عين المساقي فان ذلك
يختلف فان انقطع قبل العمل وقبل أن ينفق شيأ فلا شئ على رب الحائط فان أنفق العامل على
سدها فلا شئ له فيما أنفق الا ما أنفق المتعدى من النقص وله حصته من الثمرة وان كان بعد العمل فقد قال
ابن المواز ان عبد الملك فسره تفسيرا حسنا فقال يتوخى قدر ما لرب الحائط من الثمرة بعد طرح
مؤنته فيها الى وقت بيعها يتكلف أن يعجل ذلك وينفقه فان أعدم قيل للعامل انفق ذلك القدر
وتكون حصته من الثمر رهنا بيدك فذلك والا فيسلم الحائط الى ربه ولا شئ لك ولا له عليك (مسئلة)
ومن اكترى أرضا سنين ليزرعها فانهارت بئرها أو غار ماؤها فان لم يكن فيها زرع انفسخ الكراء
وليس له أن ينفق فيها شيأ قاله ابن حبيب ووجه ذلك ان هذا مانع طرأ عليه قبل العمل فلم يكن على
رب الارض اصلاحها لانه لا يتلافى بذلك شيأ وهي للمكترى وأما ان كان له فيها زرع وان الذي
يلزم أن ينفق فيها كراء تلك السنة دون سائر السنين يقوم ذلك ان اختلفت قيم السنين أو على السواء
ان تساوت فان كان المكترى لم ينقد الكراء أنفق في اصلاح ذلك كراء تلك السنة وان كان قد
نقده فعلى رب الارض أن ينفقه قاله ابن حبيب وقال ابن المواز وان كان قد أفلس قيل للمكترى
انفقه سلفا من عندك له وانما لم يكن له أن ينفق أكثر من كراء سنة لان السنة الباقية لم يعمل فيها شيأ
فلم يلزم انفاق كرائها وانما يلزم كراء السنة التي قد زرع فيها ليحيي زرعه والله أعلم

(فصل) وقوله وانما أعطى الاول الماء كله لانه أنفق ولم يدرك شيأ بعمله لم يتعلق بالعمل من النفقة
شئ يحتمل أن يريد بقوله الماء كله ما استقر بعمله ويحتمل أن يريد به جميع ماء العين ما بقى منه قبل
العمل وما زاد بالعمل والاول أولى بالصواب الا أن يكون ما بقى منه لا يوصل الى الانتفاع به لقلته مع أن
لفظ الحديث يقتضي انه لم يبق من الماء شئ وذلك أنه قال انقطع ماء العين وهذا انما يعبر به عن ذهاب
جميعه وقال ان ما قضى بالماء كله للعامل لانه هو الذي أنفق يريد أن بنفقته عاد الماء مع انعاقه على وجه
لو لم يعد الماء بنفقته لانفرد بالخسارة ولم يكن له على الآبي شئ من ذلك وهذا يقتضي انفراده بضمان
النفقة والعلة تمنع الضمان فوجب أن يكون أحق بالماء حتى يشاركه الآخر في ذلك بأن يبذل له حصته
من النفقة فيعود الى حصته من الماء الملك للاصل ص * قال مالك واذا كانت النفقة كلها والمؤنة
على رب الحائط ولم يكن على الداخل في المال شئ الا أنه يعمل بيده انما هو أجير ببعض الثمر فان ذلك
لا يصلح لانه لا يدري كم اجارته اذا لم يسم شيأ يعرفه ويعمل عليه لا يدري أيقل ذلك أم يكثر * قال مالك
وكل مقارض أو مساق فلا ينبغي له أن يستثنى من المال ولا من النخل شيأ دون صاحبه وذلك انه يصير
له أجيرا بذلك يقول أساقيك على أن تعمل لي في كذا وكذا نخلة تسقيها وتأبرها وأقارضك في كذا

* قال مالك واذا كانت النفقة كلها والمؤنة على رب الحائط ولم يكن على الداخل في المال شئ الا أنه يعمل بيده انما هو أجير ببعض الثمر فان ذلك لا يصلح لأنه لا يدري كم اجارته اذا لم يسم شيأ يعرفه ويعمل عليه لا يدري أيقل ذلك أم يكثر * قال مالك وكل مقارض أو مساق فلا ينبغي له ان يستثنى من المال ولا من النخل شيأ دون صاحبه وذلك انه يصير له أجيرا بذلك يقول أساقيك على أن تعمل لي في كذا وكذا نخلة تسقيها وتأبرها وأقارضك في كذا

وكذا من المال على أن تعمل لى بعشرة دنانير ليست مما أقارضك عليه فان ذلك لا ينبغى ولا يصلح وذلك الأمر عندنا ﴾ ش قوله انما قال لا يصلح أن تكون النفقة والمؤنة على رب الحائط لان العامل يكون أجيرا لان المكافأة انما هى من جنبة العامل بعمل مخصوص وهو ما يتعلق بنماء الثمرة ويبقى له فى الاصل بعد جد الثمرة عين ثابتة لينتفع بها وكل بقعة فى الحائط فان ذلك يؤدى لان نفقته على الدواب والرقيق نوع من الاجارة على عملهم فى الحائط فاذا اشترط شئ من ذلك على رب الحائط فقد شرط عليه عمل ولا يصح ذلك فى المساقاة كما لا يصح فى القراض لان القراض أصل للمساقاة وقد تقدم ذكره (فصل) وقوله لا يصلح ذلك فانه لا يدرى كم اجارته معناه انه اذا خرج عن شبه المساقاة ثبت له حكم الاجارة التى يصح أن يكون منها جميع العمل على العامل وبعضه ويشترط عليه جميع الانفاق أو بعضه لكنه لا يصح الا بالاجارة المعلومة المقدرة والمساقاة انما تنعقد بجزء مذكور أو بجميع الثمرة وهو قدر مجهول ولا يجوز أن ينعقد على أوسق مقدرة ولا خلاف فى ذلك نعلمه فما أفسد الاجارة من ذلك صحح المساقاة وما صحح المساقاة أفسد الاجارة (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان سنة المساقاة أن يكون على العامل جميع العمل وجميع المؤنة والنفقة والاجراء والدواب والدلاء والحبال والآلات من حديد وغيره لا أن يكون شئ من ذلك فى الحائط يوم السقاء فيستعين به العامل وان لم يشترطه قاله فى الواضحة ووجه ذلك ما قدمناه من ما آل هذه المعانى كلها الى العمل وهو مما يختص بالعامل (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان العمل يكون معلوما فما كان له عرف قام مقام الوصف وما لم يكن له عرف فلا بد من وصفه من عدد الحرث والسقى وسائر العمل فان قصر عما شرط عليه ففى العتبية عن سحنون فيمن ساقى حائطه على أن يحرثه ثلاث حرثات فيحرثه حرثتين قال ينظر جميع العمل المشروط عليه من حرث وسقى وقطع وجنى فينظر ما عمل هو مما ترك فان كان ترك الثلث حط ثلث نصيبه ووجه ذلك أن نصيبه من الثمرة فى مقابلة جميع العمل فاذا ترك بعضه حط من العوض بقدر ما ترك منه (مسئلة) ولو كان ما ترك من العمل قد وجد له بدل من فعل الله تعالى مثل أن يترك بعض السقى فيغنى عن ذلك المطر ففى العتبية والموازية عن مالك انه لا يحاسبه رب الحائط بذلك ووجه ذلك أنه انما دخل على أن يسقى الحائط ما احتاج من السقى ولا يعد ذلك بعدد وانما هو بحسب الحاجة واذا سقاه المطر أو السيل لم يحتج الى سقى آخر (فرع) اذا ثبت ذلك فان الاجراء على ضربين اجراء استأنف العامل استئجارهم واجراء كانوا فى الحائط يوم المساقاة فاما من استأنف العامل استئجارهم فان أجرتهم على العامل وأما من كان فيه يوم المساقاة فان أجرتهم على رب الحائط لا يجوز اشتراط أجرتهم على العامل بخلاف نفقتهم وكسوتهم على العامل قاله فى الواضحة (مسئلة) وعلى العامل رم قصبة البئر وحباله وقواديسه ومؤنة الماء والحديد لعمله فاذا انقضى عمله كان ذلك له رواه ابن المواز ووجه ذلك ان هذه معان تتكرر وكذلك ما يعمل به من الحديد فانه يتكرر اصلاحه وهو من الآلات الموصوفة فى العمل وكانت من الذى يلزم العامل وما كان عملا ثابتا كالبناء الذى يبقى وانما يعمل مرة لخراب طرأ عليه أو لاستئناف عمل فذلك من الأصول الثابتة فهى على رب الحائط (مسئلة) وعلى العامل فى التمر جداده بعد أن يتمر وفى التين والكرم قطافه ونبيبسه فى مساقاة الزرع قال ابن القاسم فى المدونة حصاد الزرع ودرسه على العامل قال ابن سحنون فى العتبية على العامل تهذيبه وذلك ان هذا كله من العمل الذى يلزم فيه قبل أن ينتهى الى حال استقامه والصحة التى يدخر عليها فيجب أن يكون ذلك على العامل وأما الزيتون فقد قال سحنون عن ابن القاسم على العامل عصره اذا كان ذلك غالب عمل ذلك البلد قال سحنون ومنتهى عمله

وكذا من المال على أن تعمل لى بعشرة دنانير ليست مما أقارضك عليه فان ذلك لا ينبغى ولا يصلح وذلك الأمر عندنا

قال مالك والسنة فى المساقاة التى يجوز لرب الحائط أن يشترطها على المساقى شد الحظار وخم العين وسرو الشرب وإبار النخل وقطع الجريد وجد الثمر هذا وأشباهه على أن للمساقى شطر الثمر أو أقل من ذلك أو أكثر إذا تراضيا عليه غير أن صاحب الأصل لا يشترط ابتداء عمل جديد يحدثه فيها من بئر يحتفرها أو عين يرفع رأسها أو غراس يغرسه فيها يأتى بأصل ذلك من عنده أو ضفيرة يبنيها تعظم فيها نفقته وانما ذلك بمنزلة أن يقول رب الحائط لرجل من الناس ابن لى هاهنا بيتا أو احفر لى بئرا أو اجر لى عينا أو اعمل لى عملا بنصف ثمر حائطى هذا قبل أن يطيب ثمر الحائط ويحل بيعه فهذا بيع الثمر قبل أن يبدو صلاحه وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها * قال مالك فأما اذا طاب الثمر و بدا صلاحه وحل بيعه ثم قال رجل لرجل اعمل لى بعض هذه الأعمال لعمل يسميه له بنصف ثمر حائطى هذا فلا بأس بذلك انما استأجره بشئ معروف معلوم قد رآه ورضيه فأما المساقاة فانه ان لم يكن للحائط ثمر أو قل ثمره أو فسد فليس له الا ذلك وان الأجير لا يستأجر الا بشئ مسمى لا تجوز الاجارة الا بذلك وانما الاجارة بيع من البيوع انما يشترى منه عمله ولا يصلح ذلك اذا دخله الغرر لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر

فيه جنيه وفى كتاب ابن المواز ان لم يشترط على أحد فهو بينهما وجه قول سحنون ان جناه صبره على صفة تمكن قسمته ويدخر عليها غالبا ص * قال مالك والسنة فى المساقاة التى يجوز لرب الحائط أن يشترطها على المساقى شد الحظار وخم العين وسرو الشرب وإبار النخل وقطع الجريد وجد الثمر هذا وأشباهه على أن للمساقى شطر الثمر أو أقل من ذلك أو أكثر اذا تراضيا عليه غير أن صاحب الأصل لا يشترط ابتداء عمل جديد يحدثه فيها من بئر يحتفرها أو عين يرفع رأسها أو غراس يغرسه فيها يأتى بأصل ذلك من عنده أو ضفيرة يبنيها تعظم فيها نفقته وانما ذلك بمنزلة أن يقول رب الحائط لرجل من الناس ابن لى ههنا بيتا أو احفر لى بئرا أو اجر لى عينا أو اعمل لى عملا بنصف ثمر حائطى هذا قبل أن يطيب ثمر الحائط ويحل بيعه فهذا بيع الثمر قبل أن يبدو صلاحه وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها * قال مالك فأما اذا طاب الثمر و بدا صلاحه وحل بيعه ثم قال رجل لرجل اعمل لى بعض هذه الأعمال لعمل يسميه له بنصف ثمر حائطى هذا فلا بأس بذلك انما استأجره بشئ معروف معلوم قد رآه ورضيه فأما المساقاة فانه ان لم يكن للحائط ثمر أو قل ثمره أو فسد فليس له الا ذلك وأن الأجير لا يستأجر الا بشئ مسمى لا تجوز الاجارة الا بذلك وانما الاجارة بيع من البيوع انما يشترى منه عمله ولا يصلح ذلك اذا دخله الغرر لان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر * ش قوله مما يجوز اشتراطه على العامل شد الحظار والحظار هو ما يحظر به على الحظيرة وهو الحائط وغيره وهو الذى يسمى الزرب فما انثلم منه جاز أن يشترط على العامل سد ذلك الثلم ويروى سد الحظار ومعناه أن يسترخى رباطه فيشترط على العامل شده وخم العين تنقيتها قال ابن حبيب وهو كنسها وسرو الشرب والشرب هو الكس والشرب الحوض حول النخلة والشجرة ليبقى فيه الماء بعد السقى قال زهير

يخرجن من شربات ماؤها طحل * على الجذوع يخفن الغم والغرقا

وهذا كله من العمل الذى ينمى الثمرة ويوصل الى صلاحها وقد روى فى سرو الشرب سوق الشرب وهو جلب الماء الذى يسقى به من مستقره الى الأصل الذى يسقى به قال ابن حبيب سرو الشرب تنقية الحياض التى تكون حول الشجر وتحصين جروفها ومجىء الماء اليها وزم القف وهو الحوض الذى يفرغ فيه الدلو ويجرى منه الى الظفيرة وقد قال ابن حبيب ان سرو الشرب على العامل وان لم يشترط عليه وأما خم العين وزم القف فانه يجوز أن يشترط عليه وان لم يشترط عليه فهو على رب الحائط (مسئلة) واستحب مالك من رواية أشهب عنه أن يشترط على العامل اصلاح القف قال فى العتبية حرف القف واصلاح كف الزرنوق قيمته الدريهمات أو الدينار وهو على رب الحائط ان لم يشترط وروى عنه أشهب أيضا انه لا يشترط مع العامل اصلاح كسر الزرنوق ووجه ذلك أن يحتاج الى صلة لها قيمة وثمن كبير (مسئلة) ويجوز أن يشترط على العامل عصر الزيتون رواه عيسى عن ابن القاسم وفى كتاب محمد عصر الزيتون على شرطهما وروى ابن القاسم عن مالك فى المدونة مثل ذلك وفسره ابن القاسم بأنه ان شرط على العامل فذلك جائز وان شرط أن يقاسمه الزيتون جاز ولا يجوز أن يشترط على صاحب الحائط عصر حصة العامل وانما جاز ذلك على العامل لانه منتهى كالجداد لان

معظم مايدخر بعد العصر (مسئلة) ولا بأس أن يشترط على العامل الزكاة لانه جزء معلوم قاله مالك في العتبية والموازية وقال الشيخ أبو اسحق وقد اختلف في اشتراط رب الحائط الزكاة على العامل في حصته فاجيز وكره واجازته أحب الى قال مالك في المدونة والعتبية والموازية ولا يشترط ذلك على صاحب الحائط وقال محمد ذلك جائز وحكاه أبو القاسم بن الجلاب وعن المذهب جوازه بلغ الحائط الزكاة أولم يبلغ وقال ابن القاسم في المدونة قال لي مالك يجوز اشتراطه على العامل وهذا عندي مثله وجه جواز ذلك في الوجهين ما استدل به في جواز ذلك في اشتراطه على العامل انه اذا اشترطه على العامل فقد شرط لنفسه خمسة أجزاء وللعامل أربعة أجزاء وكذلك اذا اشترطه على صاحب الحائط والفرق بينهما على قوله يجوز اشتراطه على العامل ومنع اشتراطه على رب الحائط (فرع) فان شرطه على العامل ولم يبلغ ثمر الحائط الزكاة فلرب المال من حصة العامل الزكاة عند الجميع أونصف عشره وقال ابن عبدوس يقتسمان الثمرة على تسعة أجزاء للعامل منها أربعة ولصاحب الحائط خمسة وقال سحنون يقسم الثمرة عشرة أقسام للعامل أربعة ولصاحب الحائط خمسة ثم يقتسمان الجزء الثاني بينهما بنصفين (مسئلة) ولا يجوز لصاحب الحائط أن يشترط على العامل حمل نصيبه الى منزله ولا خير فيه ولو كان من القرب على ميل الا أن يكون شيء ليس عليه مؤنة رواه عيسى عن ابن القاسم وقاله أصبغ ووجه ذلك انه اشترط زيادة على العامل بعد القسمة فلم يجز ذلك كما لو شرط عليه مالا (مسئلة)وأما إبار النخل قال ابن حبيب وغيره هو تذكيرها ففي المدونة قال ابن القاسم التلقيح على العامل وان لم يشترط عليه لان مالكا قال جميع عمل الحائط على العامل وكذلك الجداد (فصل) وقوله على أن للعامل شطر الثمر أو أقل أو أكثر اذا تراضيا عليه يريد ان المساقاة جائزة على أي جزء اتفقا عليه وعلى ان يكون للعامل جميع الثمرة لانه أكثر من النصف وقد رواه ابن القاسم عن مالك في المدونة ووجه ذلك بناء على تجويز القراض على جميع الربح للعامل

(فصل) وقوله غير انه لا يشترط على صاحب الاصل ابتداء عمل جديد من بئر يحفرها أو عين يرفع رأسها يريد أن تكون العين لانخفاضها لا يصل ماؤها حيث يريد فيبني حوالها بنيانا يرفعه فيصل من أعلى ذلك البنيان الى حيث يريده قال أو غراس يغرسه يأتي به من عنده معناه أن يشترط على العامل غرسا يأتي به من عنده ويغرسه في أرضه وحائطه فان ذلك لا يجوز ورواه ابن المواز عن مالك قال محمد ان كان يسيرا أجزت المساقاة وأبطلت الشرط وان كان كثيرا لم يجز قال مالك ولو شرط العمل عليه في ذلك فقط ويكون أصل الغرس من عند صاحب الحائط فان كان يسيرا لا تعظم فيه النفقة فجائز وان كان كثيرا لم يجز (فرع) فاذا وقع ذلك على الوجه الذي لا يجوز فقد روى ابن المواز عن مالك انه أجيز له أجرة مثله قال عيسى ان كان العمل الكثير من العمل دون الأصل رد الى مساقاة مثله ولو أتى العامل بالودي لرد الى أجرة مثله ويعطى قيمة غرسه مقلوعا كما لو جاء به

(فصل) وقوله أو ظفيرة يبنيها يعظم فيها النفقة الظفيرة محبس الماء كالصهريج وانما شرط عليهم النفقة فيها لانه ان لم يكن له فيها الا اصلاح يسير بجبر بعض حروفها جاز اشتراط ذلك على العامل والمساقاة بينه على ان ما كان من العمل مما تحتاج اليه الثمرة ويبقى بعد الجداد مما يلزم رب الحائط فانه يجوز اشتراط يسيره على العامل ولا يجوز اشتراط كثيره وهو متفق عليه فان كان مما لا تحتاج اليه الثمرة فهو أيضا على قسمين قسم فيه مجرد العمل وقسم يأتي العمل بعينه فاما مجرد العمل فقد جوز مالك وأصحابه يسيره وأما الاتيان بالمنع فمنع منه مالك وجوزه ابن المواز

(فصل) وقوله وانما ذلك بمنزلة أن يقول لاجنبي احفر لي بئرا أو احفر لي عينا بنصف ثمرة حائطي

قبل أن يبدو صلاحها وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها معناه ان عمل المساقاة مختص بالثمرة على وجه لا يبقى بعد تمام المساقاة وانما يكون اجارة بثمر لم يبد صلاحه ولا يجوز ذلك لانه بيع له قبل بدو صلاحه وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيعه قبل بدو صلاحه

(فصل) وقوله ولو كان ذلك بعد أن بدا صلاحه وحل بيعه فقال له اعمل لى بعض هذه الاعمال لعمل معروف بنصف هذه الثمرة فلا بأس بذلك لأنها اجارة بشئ معروف يريد انه لو بدا صلاحه لصحت الاجارة به وهذه الاعمال الباقية بعد الثمرة يجوز أن يستأجر عليها بثمرة يجوز بيعها والمساقاة تجوز فى ثمرة لم يبد صلاحها الا أنه لا يجوز فى أعمال تبقى بعد الثمرة لاسيما اذا كانت لها قيمة ويكلف فيها مؤنة ونفقة ص * قال مالك والسنة فى المساقاة عندنا انها تكون فى كل أصل نخل أو كرم أو زيتون أو تين أو رمان أو فرسك أو ما أشبه ذلك من الاصول جائز لا بأس به على أن لرب المال نصف الثمر من ذلك أو ثلثه أو ربعه أو أكثر من ذلك أو أقل * قال مالك والمساقاة أيضا تجوز فى الزرع اذا خرج واستقل فعجز صاحبه عن سقيه وعمله وعلاجه فالمساقاة فى ذلك أيضا جائزة * ش قوله السنة عندنا فى المساقاة أنها تكون فى أصل كل نخل أو كرم أو زيتون أو تين أو فرسك يريد الخوخ قال وما أشبه ذلك من الاصول جائز لا بأس به وقال الشافعى لا تجوز المساقاة الا فى النخل والكرم والدليل على ما نقوله ان هذا شجر مثمر له أصل ثابت فجازت المساقاة فيه كالنخل والكرم (مسئلة) واذا كانت الثمار بعلا لا تسقى وانما فيها من العمل الحرث فقد قال ابن القاسم مساقاتها جائزة ووجه ذلك أن الحرث عمل تزكو به الثمار ولا تزكو دونه فجازت المساقاة على عمله كالسقى وقال فى الواضحة تجوز مساقاة شجر البعل وان لم يكن فيها عمل ولا مؤنة لأن لها حراسة وجدادا فجعل المساقاة فيما لا يحتاج الى الحرث وصحح المساقاة بالحراسة والجداد ومثل هذا يوجد فى الزرع (فرع) وتجوز المساقاة فى النخلة والنخلتين قاله مالك فى المدونة قال وكذلك الشجر كله ووجه ذلك أن العقد اذا جاز فى كثير الجنس جاز فى قليله كالاجارة (مسئلة) واختلف فى مساقاة المرسين وهو الريحان يريد الآس فأجازه ابن وهب قاله أصبغ ومنعه ابن القاسم ثم أجازه وثبت على اجازته واختار محمد منعه قال لأنه لا يجز كالموز والقصب الا أن تكون أشجاره ثابتة وانما تقطع منها أغصانها الثابتة كالسدرة وقال أصبغ فى العتبية عن ابن القاسم قيل ان أصوله تعظم وتقيم السنتين ويجد الشتاء والصيف وليس له ابان فيجد ثم ينقطع فاذا كان يجد هكذا كل وقت لم تجز مساقاته لأنه يحل بيعه اذا بدا أوله (مسئلة) وتجوز مساقاة الورد والياسمين والقطن قاله مالك فى المدونة زاد ابن المواز فى الورد والياسمين وان لم يعجز عنه صاحبه ووجه ذلك أن لهذه أصلا باقيا وساقا ثابتا فصحت المساقاة فيه دون عجز عن الشجر (مسئلة) فأما مساقاة الزرع فقد قال مالك فى المدونة تجوز مساقاة الزرع اذا استقل عن الارض وعجز عنه صاحبه فان لم ينبت بعد لم تجز مساقاته لأنه بذر ذكره ابن حبيب عمن لقى من أصحاب مالك سواء عجز عنه أو لم يعجز ووجه ذلك انه ليس له أصل بعد وانما هو بذر قال فان وقع فالزرع لصاحبه والعامل أجرة مثله (مسئلة) واذا طلع وعجز عنه صاحبه جازت المساقاة فيه فان لم يعجز عنه صاحبه أو لم يستقل لم يجز ذلك فيه قاله ابن القاسم عن مالك وقال ابن نافع فى كتاب ابن سحنون تجوز المساقاة فى الزرع وان لم يعجز عنه صاحبه قال ابن عبدوس أى لا تجوز المساقاة فى الزرع وجه قول مالك ان الزرع ليس له أصل ثابت ومدة العمل فيه يسيرة والنخل ليس لها أصل ثابت ويستدام العمل فيها أبدا والا تلفت فدوام العمل فيها يقوم مقام العجز عنها لأن الزرع انما يستديم العمل فيه مدة يسيرة ان شاء ترك الارض أو أخرها ولم يتكلف تعبا ولا عملا فيها فلذلك

* قال مالك السنة فى المساقاة عندنا انها تكون فى كل أصل نخل أو كرم أو زيتون أو رمان أو فرسك أو ما أشبه ذلك من الاصول جائز لا بأس به على ان لرب المال نصف الثمر من ذلك أو ثلثه أو ربعه أو أكثر من ذلك أو أقل *قال مالك والمساقاة أيضا تجوز فى الزرع اذا خرج واستقل فعجز صاحبه عن سقيه وعمله وعلاجه فالمساقاة فى ذلك أيضا جائزة

اختصت المساقاة بالشجر لهذه الضرورة ولم تجز فى الزرع لهذا المعنى لعدمها فيه وانما جازت فيه لضرورة العجز وجه قول ابن نافع ان ماجازت فيه المساقاة جازت لغير العجز كالنخل (فرع) ومعنى العجز عن الزرع أن يعجز عن عمله الذى يتم به أو ينمو أو يبقى فان كان له ماء فقد يكون عاجزا قال ابن القاسم فى المدونة لأن الماء لابد له من البقر والاجراء قيل فان كان الماء سيحا قال ان علم انه عاجز جازت المساقاة وقال فى الواضحة اذا اعجز صاحبه عن عمله وهو يعمل وله عمل ومؤنة ان ترك خيف عليه التلف جازت مساقاته وان لم يكن فيه عمل ولا مؤنة ولا حراسة وهو يعمل فلا تجوز مساقاته وأما الشجر البقل فتجوز فيه المساقاة وان لم يكن فيها عمل ولا مؤنة لأن لها حراسة وجدادا وهذا الذى قاله مثله فى الزرع لأن فيه دراسة وحصادا الا ان يريد الحصاد وحده لايؤثر وانما يؤثر اذا انضم اليه الحراسة والنخل يحتاج الى حراسة منذ يصير بلحا كبيرا الى أن يصير تمرا يتسرع الناس اليه والزرع لايحتاج الى ذلك الا مخافة المواشى وقد يكون فى موضع يأمنها وأما الحرث فلا يتصور فى الزرع وهو وان كان لابد منه فى الشجر فقد تصح المساقاة بعد أن أتى بذلك (فرع) فان كان الزرع بعلا قال ابن القاسم فى المدونة ان كان يحتاج من المؤنة مايحتاج اليه شجر البقل وان ترك خيف أن يضيع فلا بأس به وان لم تكن له مؤنة ولا عمل فيه لم تجز مساقاته انما يقول احفظه لى واحصده وأدرسه لك على ان لك نصفه قال ابن القاسم فلا يجوز عندى لأنها أجرة وانما جاز فى الشجر البقل للضرورة وهذا لاضرورة فيه وهذا الذى ذكره ابن القاسم يحتاج الى تفسير لأنه يقال له وفى النخل اذا قال له احفظه لى وجده ولك نصفه فيجب أن لايجوز والفرق بينهما ماقدمنا الاشارة اليه ان المساقاة لاتجوز الا فى المال الذى لاينمو الا بالعمل ولا يجوز أن يستأجر لمنفعته المقصودة ويجب أن يكون ذلك العمل يلزم فيه قبل بدو الصلاح وهذا يتصور فى الأشجار لانها لابد لها من حرث وتقسيم وسد حظار مع كونها من البعل وأما الزرع فانه لاتجوز فيه المساقاة الا بعد استقلاله عن الارض فان كان بعلا فلا يحتاج بعد ذلك الى عمل الى أن يبدو صلاحه ويجوز بيعه وتلك حال لاتجوز فيها المساقاة مع ان الزرع تقصر مدته ولا يستدام العمل فيه وقد قدمنا ذكره (مسئلة) وما كان بمثابة الزرع مما الغرض فى حبه دون بقله فهو بمنزلة الزرع قاله ابن القاسم فى الكمون وقد روى سحنون عن ابن القاسم تجوز المساقاة فى العصفر وكان يجب أن يكون حكمه حكم الكمون اذ ليس من شجرة باقية والمقصود منه نواره (مسئلة) وأما المقاثى فجوز مالك فيها المساقاة كالتين والجبز والقطن والمقاثى وان كان بطنا بعد بطن فلعل هذا الجواز بان الثمرة تؤخذ منه وأصله ثابت احتراز من القصب الحلو والموز الذى يبقى له أصل بعد أخذ ثمرته وكذلك الزعفران والريحان الذى هو من جنس الاحباق والبقل والقصب والقرط ولذلك منع المساقاة فيه وعلل فى الواضحة تجويز المساقاة فى المقاثى لتفاوت طيبها يريد والله أعلم أن بطونها لا تنفصل وشبهه بالتين الذى يطيب بعضه بعد بعض قال وليس شئ بعد شئ كالقصب يريد انه تميز بطونه كتميز بطون القصب والموز وأما القطن فان كان يزرع فى كل سنة فهو بمنزلة المقاثى والعصفر وان كان يبقى أصله وهو الذى يسمى العادى فهو بمنزلة الورد والياسمين (مسئلة) وأما الموز فقد قال مالك فى المدونة لاتجوز المساقاة فى الموز قال ابن القاسم وان عجز عنه صاحبه قال مالك فى الموازية وكل مايجد ويخلف مثل القصب والموز والقرط وشبهه من البقول لاتجوز مساقاته وجه ذلك انه اجتمعت فيه معان مؤثرة فى منع المساقاة من انه ليس له ساق كالشجر الذى هو أصل فى المساقاة ولا هو بمنزلة الزرع الذى انما يوجد مرة فى السنة اذا

أخذ لم يبق أصل يخلف والموز يبقى له أصل وهذا حكم ما كان بمنزلة الموز في ذلك كالقصب والقرط
(مسئلة) المغيبة كلها مما لا يدخر فهو كالبقل قال ابن عبد الحكم وهذا أحب الينا وقد اختلف
فيه قال ابن المواز وكذلك الرياحين وقال ابن حبيب لا تجوز مساقاة في البقول كلها لانه يجوز
بيعها اذا بدا صلاحها أولها كالموز وليس كذلك كالمقاثئ لان ذلك نبات واحد يتقارب طيبه
وروى ابن حبيب عن ابن القاسم وأما الزعفران والريحان والبقل والقصب والقرط فلا تجوز فيه
المساقاة وجعل قصب السكر كذلك قال الشيخ أبو محمد ورآه اختلافا من قوله وقال ابن القاسم في
الموازية البقل مثل الفجل والجزر واللفت والبصل وشبهه تجوز المساقاة فيه اذا ظهر من الأرض
وعجز صاحبه ما لم يبلغه الى حد يجوز بيعه وقال ابن نافع تجوز المساقاة في البطيخ والأصول المغيبة
كلها عجز عنها صاحبها أو لم يعجز فأما قول مالك لا يساقى شئ من البقول فان عنى به الكزبرة والقطف
والخضر التي تؤكل فان تلك اذا استقلت جاز بيعها والى هذا التعليل أشار ابن حبيب وأيضا فانه
انما المقصود منه ما ظهر من ورقه دون بزر يكون فيه وما كان بهذه الصفة فلا مساقاة فيه وأما
ما كان من الأصول المغيبة فان المقصود منها أن لا تظهر من الأرض والمساقاة مختصة بما كان ظاهرا
على الأرض وبذلك يختص السقي بالشجر ولا يجوز في الزرع وان عجز عنه صاحبه الا بعد أن
يظهر ووجه تجويز ابن القاسم له ان المقصود منه قد ثبت له أصل والعمل فيه غاية ينتهي اليها وتنال
ثمرته فيها ولا يبقى له ما يجلب كالزرع (مسئلة) وأما قصب السكر فقد قال مالك تجوز فيه المساقاة
اذا ظهر وعجز عنه صاحبه ومنع منه في الواضحة ابن القاسم وجه الجواز انه انما تؤخذ ثمرته مرة في
السنة كالزرع ووجه المنع انه مما يخلف أصله كالموز والقصب ص ﴿ قال مالك لا تصلح
المساقاة في شئ من الأصول مما تحل فيه المساقاة اذا كان فيه ثمر قد طاب وبدا صلاحه وحل بيعه وانما
ينبغي أن يساقى من العام المقبل وانما مساقاة ما حل بيعه من الثمار اجارة لانه انما ساقى صاحب الأصل
ثمرا قد بدا صلاحه على أن يكفيه اياه ويجذه له بمنزلة الدنانير والدراهم يعطيه اياها وليس ذلك
بالمساقاة انما المساقاة ما بين أن يجذ النخيل الى أن يطيب الثمر ويحل بيعه * قال مالك ومن ساقى
ثمرا في أصل قبل أن يبدو صلاحه ويحل بيعه فتلك المساقاة بعينها جائزة ﴾ ش قوله لا تحل المساقاة
في شئ تجوز فيه المساقاة اذا طاب ثمره وحل بيعه يريد ان كل شئ تجوز فيه المساقاة وانما يجوز
ذلك فيها ما لم يبد صلاح ثمرته ويحل بيعه للضرورة التي ذكرناها فاذا حل بيعه ارتفعت الضرورة
فلم تجز المساقاة لانه يجوز له تعجيل نفعه ببيعه أو بالاجارة عليه لانه لما جاز بيعه جازت الاجارة
به وللاشجار أحوال حال قبل أن تكون فيها ثمرة ويجوز عند مالك فيها المساقاة وقال الشافعي
في أحد قوليه لا يجوز ذلك والدليل على ما نقوله قول النبي صلى الله عليه وسلم لأهل خيبر أقركم
ما أقركم الله عز وجل على ان الثمرة بيننا وبينكم فعقد مساقاة لأعوام فلا يخلو أن تكون في النخل
حينئذ ثمرة أو لا تكون فيها ثمرة فان كان فيها ثمرة فقد تناول عقد المساقاة ما بعد ذلك العام من
الاعوام وثمرة تلك الاعوام معدومة وان لم يكن فيه ذلك العام بعد ثمرة فلم يتناول العقد عاما الا وثمرته
معدومة (مسئلة) وان كان فيها ثمرة لم يبد صلاحها فتلك التي تجوز فيها المساقاة دون خلاف
بين من يجذها وان كان فيها ثمرة قد بدا صلاحها فقد قال مالك فيها ما تقدم (فرع) فان وقعت
المساقاة فقد قال مالك تجوز فيه الاجارة ولم تجز مساقاته لانه ترك في ازهاء الثمرة شيأ معلوما
ويرجع الى المساقاة ويفسخ العقد ما لم تفت ولا يكون اجارة ومعنى الاجارة ان المساقاة تتضمن ان

* قال مالك لا تصلح المساقاة في شئ من الأصول مما تحل فيه المساقاة اذا كان فيه ثمر قد طاب وبدا صلاحه وحل بيعه وانما ينبغي أن يساقى من العام المقبل وانما مساقاة ما حل بيعه من الثمار اجارة لأنه انما ساقى صاحب الاصل ثمرا قد بدا صلاحه على أن يكفيه اياه ويجذه له بمنزلة الدنانير والدراهم يعطيه اياها وليس ذلك بالمساقاة انما المساقاة ما بين أن يجذ النخيل الى أن يطيب الثمر ويحل بيعه * قال مالك ومن ساقى ثمرا في أصل قبل أن يبدو صلاحه ويحل بيعه فتلك المساقاة بعينها جائزة

على الداخل النفقة على رقيق الحائط وجميع مايلزم العامل من المؤن والنفقات وان لم يكن ذلك معلوما ولايجوز في الاجارة وقال سحنون لايبطل العقد ويحمل على الاجارة ولاتبطل المساقاة فيه لان مايعطاه المساقي غير مكيل على ماقاله بعض من تكلم في ذلك من أهل بلدنا لانه لاخلاف انه يجوز بيع نصف ثمر حائط ومايجوز بيعه يجوز الاستئجار به وجوز الشافعي في أحد قوليه المساقاة في الثمرة بعد بدو صلاحها والدليل على مانقوله ان مايجوز بيعه لاتجوز المساقاة فيه كالذي يبدو صلاحه من التين وغيره من الأشجار (مسئلة) ومن ساقى حائطا قد أزهت ثمرته لهذه السنة وسنين بعدها فقد قال مالك في المدونة يفسخ ان أدرك قبل أن تجد الثمرة أو بعد ماجدها لانه الى هذا الموضع له نفقته التي أنفق وعمل مثله على رب الحائط وهذا يقتضي انه لا يكون له النفقة وانما يكون له أجرة مثله وما أنفق (فرع) وان عمل في النخل بعد ماجد الثمرة لم يكن على رب المال أن ينتزعه منه حتى يستكمل السنتين كلهما قاله في المدونة وقال لانه قد عمل في الحائط والنخل قد ينقص حملها في عام ويزيد في آخر فان لم يستوعب السنتين ظلم أحدهما وأصل هذا ان المساقاة الفاسدة التي يرجع فيها الى مساقاة المثل فانه يفسخ مالم يعمل العامل فاذا عمل لم يفسخ ومايرد الى أجرة المثل فيفسخ عمل أولم يعمل قاله ابن حبيب فجعل الفوات بابتداء العمل في وقت تصح فيه المساقاة وفي كتاب ابن المواز أدرك قبل مجيء ثمرة قابل فسخ وأخذ اجارة مثله ونفقته وان لم يفسخ حتى أتت ثمرة قابل لم يفسخ الى بقية السنتين فجعل الفوات بظهور ثمرة عام من أعوام المساقاة ولايلزم هذا في قوله انه تجوز المساقاة في الثمرة المزهية وتكون اجارة لانه لما جمع في عقد واحد عقد اجارة وعقد مساقاة لم يجز لانه ازدياد من أحدهما في المساقاة وانما يجوزه سحنون اذا انفرد وقد قال في الموازية في الحائط تكون فيه أنواع مختلفة حل بيع بعضها ولم يحل بيع سائرها فجمع ذلك في المساقاة قال وان كان الذي أزهى في الحائط الأقل جاز وان كثر لم يجز فيه ولا في غيره ومعنى ذلك جمع الاجارة والمساقاة في عقد واحد على قول سحنون وعلى قول مالك وابن القاسم لان عقد المساقاة فيما قد أزهى من الثمرة فاسد ففسد ماقارنه

(فصل) وقوله وانما ينبغي أن يساقي في العام المقبل يحتمل أن يريد وقوع العقد بعد جد الثمرة التي أزهت ويحتمل أن يريد أن يعقد لان العقد للعام المقبل فيكون أوله بعد الجداد للثمرة المزهية وانما يجوز عقد المساقاة في عام أول العام بعده لانه عقد لازم مع قرب المدة

(فصل) وقوله وانما مساقاة ماحل بيعه من الثمار اجارة يحتمل وجهين أحدهما انه يصح فيه بدل عقد المساقاة عقد الاجارة فأما الاجارة فلاتجوز فيه لما قدمناه ويحتمل أن يريد ان حكمه حكم الاجارة وان العقد بلفظ المساقاة ولذلك قال لانه انما يساقيه ثمرا بدا صلاحه على أن يكفيه اياه ويجده له كما لو أعطاه على ذلك دنانير أو دراهم وليس ذلك بمساقاة يحتمل أن يريد وليس في وقت المساقاة

(فصل) وقوله وانما المساقاة مابين أن يجد النخل الى أن يطيب ثمره يريد ان هذه المدة التي تجوز فيها المساقاة ويحتمل أن يريد انها تلك المدة التي تثبت لما انعقد فيها بلفظ المساقاة حكم المساقاة وقوله بعد ذلك فتلك المساقاة جائزة يدل على انه أراد بقوله ان مساقاة ماحل بيعه من الثمار اجارة ان مساقاته لاتجوز وانما يجب أن تعقد فيها الاجارة والله أعلم (مسئلة) ومن ساقى حائطا بعمل فيه بثمرة حائط آخر قال مالك في الموازية لاتجوز الا أن تكون ثمرة الآخر قد أزهت فهي اجارة فان لم تزه فهي مساقاة وهذه المسئلة تدل من قول مالك على ان الاجارة تنعقد بلفظ المساقاة وقد تقدم ذكر

احتماله اللفظ بهذا القول ولا لابطال العقد وقد قال بعض القرويين انما منع ابن القاسم مساقاة ما أزهى ولم يجعل ذلك اجارة لان عرف المساقاة أن لا يأخذ أحدهما شيأ الى جداد الثمرة وكان كل واحد منهما شرط على صاحبه أن لا يقاسمه ولا يتصرف في نصيبه الا عند القسمة بعد الجداد وهو في الاجارة لو شرط هذا لم يجز وانما يجوز أن يستأجره ببعضه اذا كان لكل واحد منهما أن يقاسم ويتصرف في نصيبه ما شاء فان اعترض على ذلك بقوله في كتاب الشفعة في بيع أحد المساقيين لسهمه فقد أجاز ذلك والمشتري لا يقدر على الجد فانما جاز ذلك ان المساقاة وقعت على التقية فلما احتاج الى البيع واستضر بمنعه سومح بذلك * قال القاضي أبو الوليد والأظهر عندي في ذلك ما تقدم ص ﴿ قال مالك ولا ينبغي أن تساقى الارض البيضاء وذلك انه يحل لصاحبها كراؤها بالدنانير والدراهم وما أشبه ذلك من الأثمان المعلومة ﴾ ش قوله ولا ينبغي أن تساقى الأرض البيضاء لانه يحل لصاحبها كراؤها يريد ان ما حل بيعه للمنفعة المقصودة لا يحل المعاملة عليه ببعض نمائه الخارج عنه وبذلك لا تجوز مساقاة الارض التي يجوز كراؤها للمنفعة المقصودة منها وهي الثمرة وان جاز أن تكرى لغير منفعتها المقصودة منها لمن أراد أن ينشر عليها ثيابا أو غير ذلك

(فصل) وقوله يحل لصاحبها كراؤها بالدنانير والدراهم وما أشبه ذلك من الأثمان يريد وما أشبه الدنانير والدراهم فانما يمنع كراؤها بكثير مما يعاوض به وسيأتي ذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى ص ﴿ قال مالك فأما الرجل الذي يعطي أرضه البيضاء بالثلث أو الربع مما يخرج منها فذلك مما يدخله الغرر لان الزرع يقل مرة ويكثر مرة وربما هلك رأسا فيكون صاحب الارض قد ترك كراء معلوما يصلح له أن يكري أرضه به وأخذ أمرا غرر الا يدري أيتم أم لا فهذا مكروه وانما مثل ذلك مثل رجل استأجر أجيرا السفر بشئ معلوم ثم قال الذي استأجر الأجير هل لك أن أعطيك عشر ما أربح في سفري هذا اجارة لك فهذا لا يحل ولا ينبغي * قال مالك ولا ينبغي لرجل أن يؤاجر نفسه ولا أرضه ولا سفينته الا بشئ معلوم لا يزول الى غيره * قال مالك وانما فرق بين المساقاة في النخل والأرض البيضاء ان صاحب النخل لا يقدر على أن يبيع ثمرها حتى يبدو صلاحه وصاحب الارض يكريها وهي أرض بيضاء لا شئ فيها ﴾ ش قوله فالذي يعطي أرضه البيضاء بثلث ما يخرج منها أو ربعه يدخله الغرر يريد انه لا يجوز للرجل أن يكري أرضه البيضاء بجزء يخرج منها وان جاز أن يكريها في الجملة الا أن ذلك الربع لا يدرون قدره لانه قد يقل مرة وربما تلف جميعه ويكثر أخرى والكراء معاوضة على منافع الارض فلا يجوز الا بعوض معلوم لا سيما من تمكن المعاوضة عليه لشئ معلوم وانما جاز في المساقاة لانه لا يجوز المعاوضة على منافع الثمار بشئ معلوم ومثل ذلك من استأجر أجيرا بثلث ما يربح في سفره مع تمكنه من استئجاره باجارة معلومة فان ذلك لا يجوز وقد جوز أبو حنيفة استئجار الارض بجزء مما يخرج منها والدليل على ما نقوله ما أخرجه البخاري من حديث عطاء عن جابر كانوا يزرعونها بالثلث والربع والنصف فقال النبي صلى الله عليه وسلم من كانت له أرض فليزرعها أو ليمنحها فان لم يفعل فليمسك أرضه ومن جهة المعنى ان هذا عوض في الاجارة مجهول فوجب أن يكون ممنوعا كالجزء الذي ليس بمقدر وقال ابن حبيب المخابرة كتراء الارض بالجزء مما يخرج منها والخبر حرث الارض (مسئلة) ولا يجوز استئجارها بطعام مقدر خلافا للشافعي والدليل على ما نقوله ما أخرجه البخاري من حديث رافع بن خديج عن عمه ظهير بن رافع انه قال لقد نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أمر كان بنا رافقا قلت ما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فهو حق قال

* قال مالك ولا ينبغي أن تساقى الأرض البيضاء وذلك انه يحل لصاحبها كراؤها بالدنانير والدراهم وما أشبه ذلك من الاثمان المعلومة * قال فأما الرجل الذي يعطي أرضه البيضاء بالثلث أو الربع مما يخرج منها فذلك مما يدخله الغرر لأن الزرع يقل مرة ويكثر مرة وربما هلك رأسا فيكون صاحب الأرض قد ترك كراء معلوما يصلح له أن يكري أرضه به وأخذ أمرا غرر الا يدري أيتم أم لا فهذا مكروه وانما مثل ذلك مثل رجل استأجر أجيرا لسفر بشئ معلوم ثم قال الذي استأجر الأجير هل لك أن أعطيك عشر ما أربح في سفري هذا اجارة لك فهذا لا يحل ولا ينبغي * قال مالك ولا ينبغي لرجل أن يؤاجر نفسه ولا أرضه ولا سفينته الا بشئ معلوم لا يزول الى غيره * قال مالك وانما أفرق بين المساقاة في النخل والأرض البيضاء أن صاحب النخل لا يقدر على أن يبيع ثمرها حتى يبدو صلاحه وصاحب الأرض يكريها وهي أرض بيضاء لا شئ فيها

دعاني رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ما تصنعون بمحاقلكم قلت نؤاجرها على الربع وعلى الأوسق من التمر والشعير قال لا تفعلوا ازرعوها أو أزرعوها أو امسكوها قال رافع قلت سمعا وطاعة قال ابن حبيب قال مالك فيما نهى عنه من المحاقلة هو اكتراء الارض بالحنطة ووجه ذلك من جهة المعنى انه منفعة الارض التي اكتريت لها وهي المنفعة المقصودة منها انما هو الطعام الخارج فاذا اكتراها منه بطعام فهو طعام بطعام غير مقبوض ولا مقدر (مسئلة) وسواء كان الطعام الذي اكترى به الارض مما تنبته الارض كالحب والتمر أو مما لا تنبته كاللحم واللبن فان ذلك لا يجوز قاله مالك وابن القاسم وأشهب وابن وهب وابن عبد الحكم ومطرف وابن الماجشون وقال ابن كنانة لا يكرى بشيء اذا أعيد فيها نبت وتكرى بغير ذلك من طعام أو غيره مما لا تنبت وقال ابن نافع وغيره لا تكرى بالحنطة وأخواتها وتكرى بغير ذلك من مطعوم وغيره وقال ابن حبيب وكره مالك اكتراءها بالطعام لانه طعام بطعام مؤجل وقال ابن الماجشون انما كرهه لانه من المحاقلة الا أن تكون أرضا لا تنبت ذلك الشيء كالقطن والزعفران في أرض لا تنبتهما * قال القاضي أبو الوليد وجه كراهيته عندي ما أخرجه البخاري من حديث اسحق بن أبي طلحة عن أنس نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحاقلة والدليل على ذلك ما روى رافع بن خديج أن النبي نهى عن كراء المزارع وهذا عام الاما خصه الدليل ومن جهة المعنى ان هذا طعام فلم يجز كراء الارض به كالقمح ووجه قول ابن كنانة ان هذا مما لا يزرع في الارض فجاز أن تكرى به كالحطب والجذوع ووجه قول ابن نافع ان كل ما يجوز التفاضل بينه وبين القمح فانه يجوز أن تكرى به الارض كالذهب والفضة (مسئلة) ولا تكرى الارض بشيء مما يخرج منها من النبات مما ليس له أصل ثابت وان كان مما لا يؤكل كالكتان هذا قول مالك وابن القاسم في المدونة ولا بشيء من الحشيش وقال ابن المواز لا بأس أن تكرى الارض بالخضر قال الشيخ أبو محمد يريد من الكلأ لانه ليس مما يزرع ولا من الطعام ووجه قول مالك انه مما تنبته الارض وليس له أصل ثابت فلم يجز أن يكرى به كالقمح ووجه القول الثاني انه انما يكره كراء الارض بما يخرج منها لئلا يعطيك مما تنبت أرضك أو يدخله الجزاف المجهول بين ما يأخذه منه وما تنبته أرضك فاذا كانت الارض لا تنبت ذلك الجنس فقد أمنت ذلك كله (فرع) فاذا قلنا لا يجوز كراؤها بالكتان فانه يجوز بالثياب من المواز ية ووجه ذلك انه قد استحال عن جنس الاصل فليس هو مما تنبت الارض (مسئلة) ولا بأس أن تكرى بالجذوع والحطب والخشب والعود وبأصل شجر لا يثمر ووجه ذلك انه أصل ثابت من جنس الارض ولانه يتبعها بمجرد العقد بخلاف الزرع فكأنه انما أكراها بأرض أخرى وذلك جائز وقال ابن الماجشون انما أجازه بالخشب لانه ليس الذي يزرع وهذا الذي ينتقض بالكتان والقطن فانه لا يزرع ومع ذلك فلا يجوز ان تكرى الأرض بهما

(فصل) وقول مالك ولا ينبغي للرجل أن يؤاجر نفسه ولا أرضه ولا سفينته الا بشيء معلوم يريد معلوم الجنس والصفة والقدر بكيل أو وزن أو عدد أو حزر ان كان قريبا غير متعلق بالذمة وليس كذلك من يكري أرضه بجزء مما تخرجه فان ما تخرجه غير معلوم الصفة ولا القدر ولا مرئي ينظر اليه

(فصل) وانما فرق بين المساقاة في النخل والأرض البيضاء ان صاحب النخل لا يقدر أن يبيع ثمرها حتى يبدو صلاحه وصاحب الأرض يكريها يريد أن النخل لا يجوز أن يبيع منفعتها المقصودة منها وهي الثمرة على الوجه المعتاد ما لم يبد صلاحها فاذا بدا وجاز ذلك لم تجز فيها المساقاة وصارت بمنزلة

الأرض البيضاء لما جاز أن تباع منفعتها المقصودة منها وهي الزراعة فيها واكتراؤها للزرع قبل الصلاح لم تجز المساقاة فيها ص ﴿ قال مالك والأمر عندنا في النخل أيضا أنها تساقى السنتين والثلاث والأربع وأقل من ذلك وأكثر قال وذلك الذي سمعت وكل شيء مثل ذلك من الأصول بمنزلة النخل يجوز فيه لمن ساقى من السنين مثل ما يجوز في النخل ﴾ ش قال القاضي أبو الوليد ومعنى ذلك عندي أن عقد المساقاة عقد لازم قال الشيخ أبو اسحاق عقد المساقاة لازم للمتعاقدين وليس لاحدهما فسخه بعد عقده الا برضا صاحبه ولو مات أحدهما لكان ورثته مكانه وفي الموازية اذا انعقدت المساقاة فليس لاحدهما رجوع وان لم يعمل كالاجارة بخلاف القراض وقد رأيت لبعض القرويين انه لو مات قبل الجداد لبطلت المساقاة وليس كالعقود اللازمة وان لم يقبض ولعله تعلق في ذلك بما روى في عين السقي تغور ان كان ذلك قبل العمل فلا شيء على رب الحائط وان كان بعد العمل لزمه أن ينفق بقدر ما يقع له من الثمرة وان لم يكن عنده شيء فللعامل أن ينفق ويكون نصيبه من الثمرة رهنا بيده وفي المدونة في العامل يندم فيسأل الاقالة قبل العمل فيأبى صاحب الحائط أن يقبله فيعطيه على ذلك مائة درهم فلا يجوز عند مالك قبل العمل ولا بعده وهذا يقتضي اللزوم قبل العمل ولو لم يلزم قبل العمل لما لحقه ندم ولا سأل اقالة ولا زاد لذلك مائة وأما القبض فلا تأثير له ولذلك لم يؤثر في القراض وانما التأثير للعمل وقد قال ابن حبيب المساقاة بيع من البيوع اذا عقداها بينهما لم يجز لاحدهما أن يرجع فيها حتى يتم أجلها (مسئلة) اذا ثبت أنه عقد لازم جاز أن يعقد لو جائب عنده كاكتراء الارض وما ليس بلازم ومن العقود الجائزة كالشركة والقراض فانه لا يجوز أن يعقد الا عقدا مطلقا لا يشترط فيه وجائب لان ذلك يقتضي اللزوم (مسئلة) ووجائبه بالشهور والسنين قاله الشيخ أبو اسحق وابن حبيب ووجه ذلك ان أجرة العامل لا تصح أن تكون الا من الثمرة التي يعمل في أصلها بجزء منها فكان العمل الى أن يمكن قسمتها كربح القراض ومعنى قوله بالسنين يريد من الجداد الى الجداد

(فصل) وقوله ان النخل يجوز أن يساقى لسنتين وثلاثا وأربعا وأقل من ذلك وأكثر يريد ما لم يكثر ذلك جدا قال ابن القاسم في المدونة في العشر سنين والثلاثين والخمسين ولم أسمع من مالك فيه شيأ ولا أدري ما هذا وما لم يكثر جدا فلا بأس به (مسئلة) ومن أخذ النخل مساقاة ثلاث سنين فعمل في النخل سنة ثم أراد أن يترك لم يكن له ذلك حتى يتم أجل المساقاة الا أن يتراضيا قبل ذلك (مسئلة) اذا ثبت أنه عقد لازم فان لهما أن يتتاركا بغير جعل ولا يجوز أن يعطيه العامل شيأ قبل العمل ولا بعده وقاله مالك في المدونة قال ابن القاسم وانما جاز ذلك لان العامل يجوز أن يدفع النخل الى غيره مساقاة فاذا ردها الى ربها فقد ساقاه فيها ولم يجز عندي أن يزيده شيأ لانه يكون زيادة من أحد المساقيين وذلك يمنع صحة المساقاة ولا يجوز أن يقول صاحب الحائط له أخرج وأعطيك ما أنفقت وان رضيا بذلك لما تقدمناه من الزيادة في المساقاة (فرع) فاذا قلنا بذلك فلا بأس أن يدفع العامل النخل مساقاة الى رب الحائط بأقل مما أخذه ما لم تطب الثمرة قاله مالك في العتبية قال محمد ما لم يفسر له آخر ما بقي من الثمرة ولا يجوز ذلك بأكثر من ذلك الجزء حتى يحتاج العامل أن يزيد من حائط آخر ووجه ذلك انه اذا ساقاه بأقل من ذلك الجزء فهي مساقاة صحيحة لان العامل الاول للعامل صار بمنزلة صاحب الحائط يجوز له أن يساقيه صاحب الحائط بأقل من ذلك الجزء فيبقى للعامل في الحائط سدس أو ربع كما يبقى لصاحب الحائط اذا ساقى غيره فاذا ساقاه بأكثر من

قال مالك والأمر عندنا في النخل أيضا انها تساقى السنتين والثلاث والأربع وأقل من ذلك وأكثر قال وذلك الذي سمعت وكل شيء مثل ذلك من الاصول بمنزلة النخل يجوز فيه لمن ساقى من السنين مثل ما يجوز في النخل

ذلك الجزء لم يجز ذلك لانه بمنزلة أن يشترط صاحب الحائط للعامل جزأ زائدا من حائط آخر على جميع ثمر حائط المساقى وروى ابن ميسر عن ابن القاسم عن مالك ان لم يعمل جاز أن يعطيه صاحب الارض جزأ من الثمرة وان عمل لم يجز ذلك (مسئلة) ولو اطلع على أن العامل سارق مبرح يخاف منه أن يقطع النخل ويذهب بالثمرة أو يخرب الدار ويبيع أبوابها لم يكن له اخراجه عند ابن القاسم واحتج لذلك بما قال مالك فى الرجل يبيع السلعة من رجل مفلس والبائع لايعلم بفلسه ان البيع لازم فهذا مثله * قال القاضى أبو الوليد والذى عندى أن المساقى شريك فى أصل الثمرة والشريك لايستطيع شريكه أن يخرجه من عين حقه لما يظهر فيه من خيانة ولا غيرها (مسئلة) ولا تنفسخ المساقاة بموت أحد المتساقيين فان مات العامل عمل ورثته ان كانوا أمناء كما كان صاحبهم يعمل فان أبوا ذلك كان مال الميت لازما لهم وان كانوا غير أمناء لم يسلم اليهم ويأتوا بامين قاله ابن القاسم فى المدونة ففرق بين هذه المسئلة وبين أن يظهر من العامل سرقة أو اغارة وذلك لان العامل تعلقت المساقاة بذمته وماله ولزمته أكثر من لزومها للورثة فلو اطلع فى النخل على قلة حمل وضعف لزمته المساقاة وكذلك اذا اطلع منه على عيب والورثة لاتتعلق المساقاة بأموالهم ولا يلزمهم ان كرهوها وانما تلزم تركة الميت ان كان له مال ولذلك لم يلزم صاحب الحائط بسرقتهم وخيانتهم (مسئلة) ولو أجيحت الثمرة فقد روى أشهب عن مالك لا جائحة فى المساقاة وليس للعامل أن يخرج وهما شريكان فى النماء والنقصان وروى عنه سعد ان بلغت الجائحة الثلث فللعامل أن يسقى الحائط كله أو يخرج قال محمد ولا شئ له من علاجه ونفقته وجه القول الاول انهما شريكان فلم يفسخ ذلك بينهما بالجائحة ووجه القول الثانى ان عمله عوض من حصته من جميع الثمرة فاذا أجيحت كان له ترك ذلك كما لو اشتراها (فرع) وهذا اذا كانت الجائحة شائعة فى الحائط فاما اذا أجيحت جهة وسلمت أخرى فيلزم المساقاة فيما سلم الا أن يكون بعد أخذ الثلث فأقل قاله محمد ص *(قال مالك فى المساقى انه لايأخذ من صاحبه الذى ساقاه شيأ من ذهب ولا ورق يزداده ولا طعام ولا شيأ من الأشياء لايصلح ذلك ولا ينبغى أن يأخذ المساقى من رب الحائط شيأ يزيده اياه من ذهب ولا ورق ولا طعام ولا شئ من الأشياء والزيادة فيما بينهما لاتصلح قال مالك والمقارض أيضا بهذه المنزلة لايصلح اذا دخلت الزيادة فى المساقاة أو المقارضة صارت اجارة وما دخلته الاجارة فانه يصلح وينبغى أن تقع الاجارة بامر غرر لايدرى أيكون أم لا يكون أو يقل أو يكثر)* ش قوله ولا يأخذ من الذى ساقاه يعنى العامل شيأ من ذهب ولا ورق ولا شيأ من الأشياء يزداده يريد ان صاحب الحائط ليس له أن يشترط على العامل شيأ يزداده غير حصته من الثمرة يريد مما نقصه خارجا عن العمل فى الحائط وأما اشتراطه عليه العمل فى الحائط فانما كان ذلك شرطا فى صحة عقد المساقاة لان عقد المساقاة على ما قدمناه مبنى على أن الثمرة فيه عوض عن العمل لايجوز أن يكون للثمرة عوض غير العمل لانه يكون من بيع الثمرة قبل بدو صلاحها وقبل ظهورها ولا يزداد العامل من رب الحائط شيأ لانه لايجوز أن يقارن المساقاة بيع ولو شرط على صاحب الحائط شيأ لكان ذلك عوضا من بيع عمله فاجتمع عقد مساقاة وبيع وذلك غير جائز (مسئلة) ولو عقدا مساقاة على جزء من الثمرة تعدان ثم على صاحب الحائط فيه أشهرا فان كان على أن يبيعه بما سقى لم يصلح وان كان ملغى فلا بأس بذلك رواه أشهب عن مالك فى العتبية والموازية ويدخله ما ذكرنا من ازدياد صاحب الحائط من العامل دنانير أو دراهم وذلك غير جائز ولو كانت المساقاة على ان جميع الثمرة للعامل فذلك جائز الا أن يكون صاحب

* قال مالك فى المساقى انه لايأخذ من صاحبه الذى ساقاه شيأ من ذهب ولا ورق يزداده ولا طعام ولا شيأ من الاشياء لايصلح ذلك ولا ينبغى أن يأخذ المساقى من رب الحائط شيأ يزيده اياه من ذهب ولا ورق ولا طعام ولا شئ من الأشياء والزيادة فيما بينهم لاتصلح * قال مالك والمقارض أيضا بهذه المنزلة لايصلح اذا دخلت الزيادة فى المساقاة أو المقارضة صارت اجارة وما دخلته الاجارة فانه لايصلح ولا ينبغى أن تقع الاجارة بأمر غرر لايدرى أيكون أم لا يكون أو يقل أو يكثر

الحائط سقاه قبل ذلك بأشهر رواه أشهب عن مالك في العتبية وجه ذلك انه يأخذ منه قيمة سقيه فقد باعه الثمرة قبل بدو صلاحها * قال القاضي أبو الوليد وان ألغاه فعندي انه يجوز

(فصل) وقوله ولا ينبغي أن يأخذ المساقي من رب الحائط شيأ من الأشياء يريد انه كما لا يزداد صاحب الحائط من العامل شيأ كذلك لا يزداد العامل من صاحب الحائط شيأ وانما تنعقد المساقاة على ان العمل عوض عن حصته من الثمرة وانما يجوز أن يزداد أحدهما من الاجرة مما لا يلزمه بعقد المساقاة يسير العمل في الثمرة فاما ما ازداد من غير ذلك فلا يجوز قليله ولا كثيره لان ازدياد صاحب الحائط من العمل يخرجه الى بيع الثمرة قبل بدو صلاحها وازدياد العامل من صاحب الحائط يخرجه الى أن يقارن عقد المساقاة عقد اجارة وذلك غير جائز لتنافيهما ولو جازت الاجارة في الأشجار لما جازت فيها المساقاة ووجه آخر وهو ان الاجارة ينافيها الغرر والمساقاة لا تصح الا فيما فيه الغرر فلم يجز اجتماعهما كالاجارة والجعل ص * (قال مالك في الرجل يساقي الرجل الارض فيها النخل أو الكرم أو ما يشبه ذلك من الأصول فتكون فيها الأرض البيضاء قال مالك اذا كان البياض تبعا للاصل وكان الاصل أعظم ذلك أو أكثره فلا بأس بمساقاته وذلك أن تكون النخل الثلثين أو أكثر ويكون البياض الثلث أو أقل من ذلك أو أكثر ان البياض حينئذ تبع للاصل * ش قوله ان البياض مع النخل في المساقاة انما يصح اذا كان تبعا للنخل وهو أن يكون الثلث من الجملة والنخل ثلثها فحينئذ يكون البياض تبعا للنخل فان كان البياض أكثر من الثلث لم يجز وقد ذكر في المدونة ابن القاسم في النخل يكون تبعا للبياض في الكراء انه لم يبلغ به الثلث في احدى الروايتين وعلى هذا ان قصر على الثلث جاز أن يكون تبعا قولا واحدا وأما كان أزيد من الثلث لم يجز ذلك فيه قولا واحدا وأما الثلث فاختلف قوله فيه فمرة جعله في حيز اليسير الذي يكون تبعا ومرة جعله في حيز الكثير الذي لا يكون تبعا وجه القول الاول ان كل موضع جعل الثلث فيه حدا بين ما يجوز وبين ما لا يجوز فانه من جملة ما يجوز كالوصية وهبة الزوجة ووجه القول الثاني ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال الثلث والثلث كثير (مسئلة) وحكم ما لا تجوز المساقاة فيه مع ما تجوز المساقاة فيه حكم الارض البيضاء مع النخل وقد قال مالك في الموازية لا بأس أن يساقي الحائط وفيه من الموز ما فيه تبع قدر الثلث فأقل قال محمد ويكون بينهما على سقاء واحد ولا يلغي لاحدهما

(فرع) وفيما يراعى الثلث من البياض الظاهر من أقوال أصحاب مالك ان ذلك فيما يلغى وفيما نشرط على حكم المساقاة وقال ابن عبدوس انما يراعى أن يكون تبعا للثمرة كلها اذا كان بينهما فاما اذا ألغى فانما يراعى فيه أن يكون تبعا لحصة العامل خاصة وجه قول ابن عبدوس ان ما صار للعامل يجب أن يكون تبعا للحصة اذا لم يلغ (مسئلة) وصفة اعتبار ذلك أن ينظر الى كراء الارض فكأنه خمسة دنانير والى غلة النخل على المعتاد من حالها ويسقط من ذلك قدر الانفاق على الثمرة فان بقي من ذلك عشرة دنانير أضيفت الى كراء الارض فيكون خمسة عشر فيجوز ذلك لأن كراء الارض تبع ولو بقي من قيمة الثمرة ثمانية دنانير لم يجز لأن الخمسة اذا أضيفت الى ثمانية كانت أكثر من ثلث الجملة (مسئلة) فاذا قلنا يجوز في البيع ويجوز الغاؤه للعامل فهذا ان عمل العامل حتى تكمل المساقاة فهو له على حسب ما ألغى له وان خرج من الحائط بجائحة أصابته وقد زرع العامل فقد روى ابن أشرس عن مالك عليه كراء البياض وان عجز عن عمل الحائط فقد روى علي بن زياد عن مالك عليه كراء الارض بكراء مثله (مسئلة) وان كان البياض بينهما فقد قال ابن القاسم

* قال مالك في الرجل يساقي الرجل الأرض فيها النخل والكرم أو ما أشبه ذلك من الاصول فيكون فيها الأرض البيضاء قال اذا كان البياض تبعا للاصل وكان الأصل أعظم ذلك أو أكثره فلا بأس بمساقاته وذلك أن تكون النخل الثلثين أو أكثر ويكون البياض الثلث أو أقل من ذلك وذلك أن البياض حينئذ تبع للاصل

انما يجوز ذلك على سقاء الحائط ولا يجوز على غير ذلك وقاله أصبغ وقال أصبغ أيضا اذا كانت المساقاة على النصف وشرط للعامل ثلاثة أرباع البياض جاز وجه قول ابن القاسم ان المساقاة اذا انعقدت بجزأين مختلفين لم يجز كالحائطين أو بعض أنواع الشجر ووجه قول أصبغ الثاني ما احتج به لأنه يجوز أن يكون له جميع البياض وهو مخالف لجزء المساقاة فكذلك اذا اشترط عليه جزأ أكثر من جزئه في المساقاة (مسئلة) ومن أخذ زرعا مساقى قد عجز عنه صاحبه ومعه أرض بيضاء تبع للزرع ففي الموازية ان ذلك يجوز منه ما يجوز من البياض مع الاصول ووجه ذلك انه تبع للاصل تصح فيه المساقاة كالذي مع النخل (مسئلة) وان ساقى زرعا عجز عنه صاحبه وفيه نخل تبع للزرع فانه يجوز أن يساقي ذلك مساقاة واحدة قاله ابن القاسم في المدونة وقال في الموازية وكذلك اذا كان الزرع تبعا للنخل (فرع) اذا قلنا بجواز ان يجمع النخل والزرع في المساقاة فاذا كانت النخل تبعا للزرع لم تجز المساقاة على مذهب ابن القاسم الا بشرط أن يعجز صاحب الزرع عنه واذا كان الزرع تبعا للنخل جازت المساقاة وان لم يعجز عن الزرع قاله ابن المواز (مسئلة) وهل يجوز الغاء النخل التي هي تبع للزرع للعامل قال ابن القاسم في المدونة انه بخلاف البياض مع النخل ولا يجوز الغاء ذلك للعامل وكذلك الزرع الذي هو تبع للشجر كأصناف من الشجر لا يجوز أن يلغى صنف منها للعامل وروى ابن وهب عن مالك ان ذلك يجوز أن يلغى للعامل وحده واذا كان تبعا كمكترى الدار فيها نخل هي تبع ولا يجوز أن يكون بينهما وعلى هذا يجوز أن تلغى المؤن للعامل اذا كانت تبعا للحائط ص ﴿ قال مالك اذا كانت الارض البيضاء فيها نخل أو كرم أو ما يشبه ذلك من الاصول فكان الاصل الثلث أو أقل والبياض الثلثين أو أكثر جاز في ذلك الكراء وحرمت فيه المساقاة وذلك أن من أمر الناس أن يساقوا الاصل وفيه البياض وتكرى الارض وفيها الشيء اليسير من الاصل أو يباع المصحف أو السيف وفيهما الحلية من الورق بالورق أو القلادة أو الخاتم فيهما الفصوص والذهب بالدنانير ولم تزل هذه البيوع جائزة يتبايعها الناس ويبتاعونها ولم يأت في ذلك شيء موصوف موقوف عليه اذا هو بلغه كان حراما أو قصر عنه كان حلالا والامر في ذلك عندنا الذي عمل به الناس وأجازوه بينهم أنه اذا كان الشيء من ذلك الورق أو الذهب تبعا لما هو فيه جاز بيعه وذلك أن يكون النصل أو المصحف أو الفصوص قيمته الثلثان أو أكثر والحلية قيمتها الثلث أو أقل ﴾ ش قوله في الارض البيضاء يكون فيها يسير النخل الثلث فأقل يجوز ذلك في الكراء أصل ذلك جواز ذلك اذا كانت ثمرة النخل الثلث وقد منع منه في المدونة فروى ابن القاسم عن مالك انه يجوز في اليسير وأبى أن يبلغ به الثلث فلم يختلف قول مالك في يسير الغلة مع الارض في الكراء وانما يختلف قوله في تحديد ذلك اليسير فمرة يجعل الثلث في حيز اليسير ومرة يجعله أول الكثير وما قصر عنه فهو من جملة اليسير وقد تقدم ذكر ذلك والله أعلم

(فصل) وقوله وحرمت فيه المساقاة يحتمل أن يريد به انها تحرم في الجملة من البياض والنخل وأما اذا أفردت النخل بالمساقاة فلا بأس بذلك لأنه لا يجوز أن يفرد بالكراء وقد جوز مالك المساقاة في النخلة الواحدة والنخلتين

(فصل) وقوله وذلك من أمر الناس أن يساقوا الارض وفيها البياض وتكرى الارض وفيها اليسير من الاصل يريد أن هذا أمر شائع دون نكير لأن الضرورة اليه عامة لتعذر انفصال الارض من الشجر والشجر من الارض غالبا وحاجة الناس الى الاستنابة في عملها فاجازته اجازته كانت

* قال مالك واذا كانت الأرض البيضاء فيها نخل أو كرم أو ما يشبه ذلك من الاصول فكان الأصل الثلث أو أقل والبياض الثلثين أو أكثر جاز في ذلك الكراء وحرمت فيه المساقاة وذلك ان من أمر الناس أن يساقوا الأصل وفيه البياض وتكرى الأرض وفيها الشيء اليسير من الأصل أو يباع المصحف أو السيف وفيهما الحلية من الورق بالورق أو القلادة أو الخاتم فيهما الفصوص والذهب بالدنانير ولم تزل هذه البيوع جائزة يتبايعها الناس ويبتاعونها ولم يأت في ذلك شيء موصوف موقوف عليه اذا هو بلغه كان حراما أو قصر عنه كان حلالا والأمر في ذلك عندنا الذي عمل به الناس وأجازوه بينهم أنه اذا كان الشيء من ذلك الورق أو الذهب تبعا لما هو فيه جاز بيعه وذلك أن يكون النصل أو المصحف أو الفصوص قيمته الثلثان أو أكثر والحلية قيمتها الثلث أو أقل

فيه الاجارة وان كان فيه اليسير مما لا تجوز فيه الاجارة وما جازت مساقاته كانت فيه المساقاة وان كان فيه اليسير مما تجوز فيه المساقاة

(فصل) وقوله ولم يأت فى ذلك شئ موصوف موقوف عليه اذا هو بلغه كان حراما أو قصر عنه كان حلالا يريد انه لم يرد فى ذلك من جهة الشرع حد يبين ما يجوز منه ومالا يجوز وانما هذا التحديد باجتهاد العلماء فى فعلهم الثلث فى حيز التبع للثلثين أو فى حيز مالا يجوز ذلك فيه والله أعلم

(مسئلة) ومن اكترى دارا فيها نخل ثمرتها تبع لكراء الدار فتهدمت الدار فى نصف السنة فقد روى عيسى عن ابن القاسم وأبو زيد عن ابن القاسم لو كانت الثمرة قد طابت وكانت تبعا لما سكن فهو للمكترى وعليه ثلثا الكراء ان كانت قيمة الثمرة الثلث فان لم تطب فهى لصاحب الدار على المكترى ثلث الكراء قال يحيى بن عمر وكذلك لو طابت الثمرة وليست تبع لما سكن فهى لصاحب الدار وقد فسد فيها البيع وقال محمد بن المواز الثمرة راجعة الى صاحبها طابت أو لم تطب و وجه القول الاول انها اذا طابت وكانت تبعا لما سكن فانما وقع الفسخ من العقد فيما لا يؤثر فى بيع الثمرة لأنه لو أفرد بيع الثمرة بما صح من الكراء لجاز ذلك فكذلك فى مسئلتنا مثله ووجه القول الثانى ان الثمرة قد تبعت ما فسخ من التبايع كما تبعت ما جاز منه فلما فسخ ما هى تبع له انفسخ البيع لانه لا يجوز افرادها بالبيع واذا فسد بعضها لذلك فسد جميعها

﴿ الشرط فى الرقيق فى المساقاة ﴾

* قال يحيى قال مالك ان أحسن ما سمع فى عمال الرقيق فى المساقاة يشترطهم المساقى على صاحب الأصل انه لا بأس بذلك لأنهم عمال المال فهم بمنزلة المال لا منفعة فيهم للداخل الا أنه تخف عنه بهم المؤنة وان لم يكونوا فى المال اشتدت مؤنته وانما ذلك بمنزلة المساقاة فى العين والنضح ولن تجد أحدا يساقى فى أرضين سواء فى الاصل والمنفعة احداهما بعين واثنة غزيرة والاخرى بنضح على شئ واحد لخفة مؤنة العين وشدة مؤنة النضح قال وعلى ذلك الأمر عندنا قال والواثنة الثابت ماؤها التى لا تغور ولا تنقطع

ص ﴿ قال مالك ان أحسن ما سمع فى عمل الرقيق فى المساقاة يشترطهم المساقى على صاحب الأصل انه لا بأس بذلك لانهم عمال المال فهم بمنزلة المال لا منفعة فيهم للداخل الا أنه تخف عنه بهم المؤنة وان لم يكونوا فى المال اشتدت مؤنته وانما ذلك بمنزلة المساقاة فى العين والنضح ولن تجد أحدا يساقى فى أرضين سواء فى الأصل والمنفعة احداهما بعين واثنة غزيرة والأخرى بنضح على شئ واحد لخفة مؤنة العين وشدة مؤنة النضح قال وعلى ذلك الأمر عندنا قال والواثنة الثابت ماؤها التى لا تغور ولا تنقطع ﴾ ش قوله فى عمل الرقيق فى المساقاة انه لا بأس أن يشترطهم العامل على صاحب الأصل يريد الرقيق الذين كانوا عمال الحائط وقت المساقاة وقد قال مالك فى المدونة انه لا يجوز لصاحب الحائط أن يشترط اخراجهم اذا كانوا فيه يوم المساقاة ولكن لو أخرجهم قبل ذلك ثم دفع الحائط مساقاة لم يكن بذلك بأس فعلى هذا انما يكون اشتراط العامل لهم على وجه رفع الالباس على حسب ما قال ان من استأجر راعيا يرعى له غنمه سنة انه يجب أن يشترط أن الغنم ان ماتت كان عليه أن يرعى له مثلها وهذا لو لم يشترطه لكان هذا حكمه و يحتمل أيضا أن يكون على وجه اقرار رب الحائط له بانهم فى حائطه عند عقد المساقاة وقد روى عيسى عن ابن القاسم فى العامل يجهل فلا يستثنى ما فى الحائط من دواب و رقيق و يقول صاحب الحائط انما ساقيتك بغير دواب ولا رقيق انهما يتحالفان و يتفاسخان قال الشيخ أبو محمد انظر هذا وهو لا يجوز عنده اخراج دوابه فقد صار مدعيا لما لا يجوز * قال القاضى أبو الوليد ومعنى المسئلة عندى على أصل ابن القاسم أن يجهل العامل فلا يقر صاحب الحائط على انهم فى الحائط يوم المساقاة ولا يشهد عليه بذلك و يعتقد انهم فى الحائط وانهم له بمجرد العقد على الواجب فى ذلك ثم اختلفوا فقال صاحب الحائط لم يكونوا فى الحائط يوم العقد وقال العامل بل كانوا فيه فانهما يتحالفان و يتفاسخان وقد روى ابن مزين رواية عيسى عن ابن

القاسم فقال يتصالفان و يتفاسخان الآن يعني رب الحائط الرقيق فتلزم المساقاة الى أجلها وهذا يدل على صحة العقد على حسب ما قلناه وقد اختلف أصحابنا في أصل هذه المسئلة واطلاق عقد المساقاة فقال عيسى بن دينار وابن نافع في المدنية لا يكون الرقيق والدواب للعامل الا بالشرط والعقد لازم صحيح وفي الواضحة ان ما في الحائط من الاجراء والدواب والدلاء والحبال والاداة من حديد وغيره مما يكون فيه يوم السقاء يستعين به العامل وان لم يشترطه وقال محمد بن المواز ان اشترط ذلك رب الحائط لم يجز واحتج عيسى لقوله بان لصاحب الحائط أن يقول لو اشترطتهم على ما ساقيتك الاعلى أقل من هذا الجزء وهذا يقتضي ان له أن يساقيه على اخراج الرقيق والدواب وقول ابن القاسم مبني على أن ذلك لا يجوز وقد احتج له بما تقدم (فرع) فاذا قلنا لا يجوز لصاحب الحائط أن يشترط اخراجهم فان شرط رب الحائط اخراج من فيه من الرقيق والدواب ففي الموازية ان عمل على هذا فللعامل أجر مثله وروى عيسى عن ابن القاسم في المدنية له مساقاة مثله قال محمد بن المواز قد كان يقوله ثم رجع الى أجر مثله وأما لو اتفقا على انهم كانوا في الحائط يوم العقد فان صاحب الحائط ان ادعى انه قد شرط اخراجهم لم يخل من ثلاثة أحوال إما أن يوافقه العامل على ذلك فيفسد العقد فيفسخ قبل العمل و يرد بعد العمل الى أجر مثله واما أن ينكر العامل و يدعي انه قد شرط ابقاءهم فالقول قول العامل وكذلك لو لم يدع العامل شيأ أ كثر من انه أنكر الشرط لانه يدعي الصحة وصاحب الحائط يدعي الفساد ولو أقر صاحب الحائط انه لم يشترط شيأ وادعى انه اعتقد اخراجهم لم ينظر الى ما ادعاه وكانوا للعامل والله أعلم (مسئلة) ولو كان في الحائط اجراء فأجرتهم على صاحب الحائط ووجه ذلك ان الحائط انما أخذه العامل مساقاة على صفته التي هو عليها حين العقد وانما يكون على تلك الصفة بعمل العمال من الرقيق والاجراء والدواب فلا يجوز اخراج شئ من ذلك عنه كما لا يجوز أن يدفع اليه حائطه مساقاة ويستثني ماءه الذي يسقى وحيي به (مسئلة) ومن مات من الرقيق والاجراء والدواب ممن هو لصاحب الحائط فعليه خلف ذلك قاله مالك في المدونة زاد في غيرها وان لم يشترط العامل ذلك عليه ووجه ذلك أن بقاءهم في الحائط شرط في صحة المساقاة فلا يجوز أن يخلو وقت من أوقات المساقاة منهم فلا يتعلق العقد بأعيانهم الامع بقائهم فان عدموا لزم صاحب الحائط الاتيان بعوضهم ولم يكن ذلك بمنزلة العبد المستأجر بعينه على الخدمة فان الاجارة تبطل بموته والفرق بينهما على وجهين أحدهما أن يكون العقد انما يكون يقع على عمل في ذمة صاحب الحائط ولكن تعين لهؤلاء الاجراء والعمال والدواب بالتسليم واليد كالذي يكترى راحلة مضمونة ثم يسلم احدى رواحله الى الراكب فانه ليس له أن يبدلها والثاني أن يتعين الرقيق والدواب بالعقد ويكون على صاحب الحائط خلف ذلك ان تلف بمقتضى العقد لان عمل الرقيق ليس بمقصود بالعقد والعقد ثابت بموت من مات منهم فلذلك لزم العوض فيهم (فرع) وهذا اذا كان الأجير مستأجرا لجميع العام وان كان مستأجرا لبعضه ولم أر فيه نصا *وعندي ان عليه أن يعوض منه من يتم العام لانه لو مات للزمه ذلك فكذلك اذا انقضت مدة اجارته ولا يمنع ذلك صحة العقد لان عمل الأجير في الحائط متعلق بذمة صاحب الحائط أو بمعنى ما يتعلق بذمته (مسئلة) ولو استعمل ما في الحائط من الحبال والدلاء والآلة حتى خلق ولم تكن فيه منفعة فعلى العامل خلف ذلك ولو سرق ذلك لكان على صاحب الحائط خلفه بمنزلة الرقيق والدواب تلك وقد رأيته لبعض العلماء من شيوخنا وقد قيل فيه غير هذا ان على صاحب الحائط خلف ذلك في الوجهين والأول عندي أظهر (مسئلة) ونفقة الاجراء والرقيق والدواب على

العامل دون صاحب الحائط بخلاف الأجرة ووجه ذلك أن الأجرة معنى لزم رب الحائط قبل عقد المساقاة وكذلك أثمان الدواب والرقيق وليس كذلك النفقة عليهم فانها معنى طرأ بعد عقد المساقاة وبه يتم العمل فكان ذلك على العامل لان جميع العمل الطارئ عليه (مسئلة) ولو شرط النفقة على صاحب الحائط لم يجز ذلك من الواضحة والموازية لان النفقة الطارئة بعد العقد على العامل

(فصل) وقوله لانهم عمال المال فهم بمنزلة المال لا منفعة فيهم للداخل الا بتخفيف العمل يريد انهم كانوا عمال المال قبل ذلك الى حين العقد فظهور المال ونموه وكثرة عمارته انما كان بعملهم ولهم فيه تأثير فكانوا بمنزلة الماء الذي به صلاح الحائط ونماؤه فلا يجوز لذلك اخراجهم من المال لان ذلك بمنزلة السقي وسائر ما يتصل الانتفاع به ولما كانت المساقاة تختلف بما آثره العامل في الحوائط فاذا قوي الحائط بالعمل وضعف بقلته كما يقوى بالسقي ويضعف بعدمه وتختلف رغبة العامل فيه بحسب اختلاف ذلك لم يجز اخراج الرقيق كما لا يجوز الاستمساك بالماء (فرع) وهذا اذا كان الرقيق والدواب في الحائط حين المساقاة وأما لو أخرجهم قبل ذلك لصحت المساقاة على استمساك صاحب الحائط لهم ومتى يكون اخراجهم يبيح الاستمساك لهم لم أر فيه نصا محررا

(فصل) وقوله ولن تجد أحدا يساقي في أرضين سواء في الأصل والمنفعة أحدهما بعين واثنة غزيرة والأخرى بنضح على شيء واحد يريد ان الارضين اذا تساوتا في طيب الارض وقوة النخل وكثرة غلتهما الا ان احداهما السقي بها نضح مأمون غزير لا يتكلف عمل في اخراجه والسقي به والثانية سقيها نضح يتكلف فيه المؤنة يأخذهما نسقا واحدا في عقد الا ان يأخذ أحدهما المكان الآخر في عقد واحد وذلك مما يدل على ان خفة العمل وشدته تأثيرا مقصودا في المساقاة فلا يجوز أن يشترط منه الا ما كان عليه الحائط يوم المساقاة لان في اشتراط غير ذلك على العامل عملا لصاحب الحائط يعمله العامل في غير الحائط وفي اشتراط ذلك على صاحب الحائط اشتراط كثير العمل عليه وذلك كله غير جائز ومما يبين ذلك ويوضحه أن صاحب الحائط لو عمل في الحائط أقل السنة أو أكثرها ثم ساقاه على أن يعطيه العامل قيمة ما عمل في ذلك العام لم يجز ذلك فاشتراط العمال الذين في الحائط بمنزلة اشتراط قيمة ما عمل فيه وذلك كله غير جائز

(فصل) وقوله الواثنة الثابت ماؤها التي لا تغور ولا تنقطع الرواية المشهورة عن يحيي وغيره الواتنة بالتاء المعجمة بنقطتين وقال أبو عبيد في الغريب الواتن الدائم وفي الحديث اما تيماء فعين جارية وأما خيبر فماء واتن ولم يذكر واثنا بالثاء المعجمة بثلاث نقط وحكى صاحب العين الواثن المقيم بالثاء بثلاث نقط ولم يذكر واتنا بالتاء المعجمة بنقطتين فعلى هذا تصح الروايتان وأما ابن عمر فقال وانية ولم يذكر التفسير ص ﴿ قال مالك وليس للمساقي أن يعمل بعمال المال في غيره ولا أن يشترط ذلك على الذي ساقاه ﴾ ش قوله وليس للمساقي أن يعمل بعمال الحائط في غيره يريد من وجد في الحائط من الرقيق فاشترطهم حين العقد أو وجب له ذلك بمجرده فانه ليس له أن يستعملهم في غير ذلك الحائط يريد من حوائطه التي يملكها أو حائط رجل أجنبي اتخذها مساقاة أو عمل فيها بأجرة وأما ان كان الرقيق للعامل فله أن يستعملهم حيث شاء ويستبدل بهم كيف شاء لانه انما عليه العمل في الحائط على صفة معلومة فعليه أن يأتي بها على كل حال ويعمل من شاء

(فصل) وقوله ولا أن يشترط ذلك على الذي ساقاه يريد انه لا يجوز له أن يفعل ذلك بغير شرط في العقد فان فعل منع من ذلك ولا يفسد العقد ولا يتغير شيء منه ولا يجوز أن يشترط ذلك زاد في الواضحة ويفسد هذا الشرط المساقاة لان اشتراط الزيادة فيها ينافي صحتها (فرع) فان شرط ذلك وفسدت

* قال مالك وليس للمساقي أن يعمل بعمال المال في غيره ولا أن يشترط ذلك على الذي ساقاه

المساقاة وفاتت بالعمل فقياس قول ابن القاسم أن يرد الى أجرة مثله ص ﴿قال مالك ولا يجوز للذى ساقى أن يشترط على رب المال رقيقا يعمل بهم فى الحائط ليسوا فيه حين ساقاه اياه﴾ ش قوله لا يجوز للذى ساقى أن يشترط على رب المال رقيقا ليسوا فى الحائط يريد أن يشترط عملهم فى حائط المساقاة لان ذلك ازدياد يزداده العامل على رب الحائط مما يلزم العامل ولا يجوز أن يشترط منه ماله قيمة لان المساقاة مبنية على مساقاة ازدياد أحد المتساقيين على ما يقتضيه مطلق العقد ومطلق العقد يقتضى جميع العمل على العامل والأصل فى ذلك ما روى نافع عن ابن عمران اليهود سألت النبى صلى الله عليه وسلم ليقرهم على أن يكفوا العمل ولهم نصف الثمر فقال لهم النبى صلى الله عليه وسلم نقركم بها على ذلك ماشئنا ولانا قد قدمنا انه لا يجوز اشتراط صاحب الحائط اخراج من فى الحائط من الرقيق والدواب فبأن لا يجوز للعامل اشتراط من ليس فى الحائط أحرى وأولى (فرع) وقد جوز مالك أن يشترط العامل من ذلك التافه اليسير قال فى المدونة كالعبد والدابة قال ابن القاسم وغيره وذلك فى الحائط الكبير فان كان الحائط صغيرا لم يجز ذلك عندى لانه يشترط عليه حينئذ جميع العمل ووجه الجواز فى الحائط الكبير لانه يجوز لكل واحد من المتسافيين أن يشترط على صاحبه اليسير مما يلزمه عمله كما يشترط صاحب الحائط على العامل سد الحظار والنفقة اليسيرة فى الظفيرة والقف (فرع) فاذا قلنا بجواز أن يشترط الغلام والدابة فان من حكم ذلك أن يشترط بقاءه فى الحائط مدة المساقاة وان مات أخلف ذلك رب الحائط قاله ابن القاسم فى المدونة وقال فى العتبية لو لم يشترط ذلك لم يجر ولو شرط رب الحائط أن يخلفه فقد قال فى الواضحة لا يجوز ذلك ووجه ذلك ما فيه من الغرر لان ما عقد ابا لا يبطل بموت الغلام فاذا لم يكن عليه خلفه فقد اشترط عمله مدة مجهولة وذلك غير جائز (مسئلة) ولا يجوز أن يشترط على صاحب الحائط غلاما معه قاله ابن القاسم فى المدونة وقال سحنون اذا كان الحائط كبيرا يجوز اشتراط الغلام فيه جاز اشتراط عمل رب الحائط فيه وجه قول ابن القاسم ان من حكم المساقاة أن يكون الحائط بيد العامل كالقراض وعمل رب الحائط يمنع من ذلك ووجه قول سحنون ان هذا اشتراط عمل عامل واحد فى حائط كبير فجاز ذلك كما لو اشترط عمل أجير (فرع) فان قلنا بقول ابن القاسم فعمل على ذلك ففى المدونة يرد الى مساقاة مثله وقال ابن المواز يرد الى اجارة مثله ووجه قول ابن القاسم ما احتج به من أن مالكا قد أجاز اشتراط عمل الدابة والغلام فأشار بذلك الى أنه مكروه من أجل اليد وانه ليس من الحرام لما جوز ذلك ما هو فى معناه ووجه قول ابن المواز انه مساقاة تزيل يد العامل فردت الى الاجارة كما لو شرط صاحبه بقاء الحائط فى يده ص ﴿قال مالك ولا ينبغى لرب المال أن يشترط على الذى دخل فى ماله بمساقاة أن يأخذ من رقيق المال أحدا يخرجه من المال وانما مساقاة المال على حاله الذى هو عليه قال فان كان صاحب المال يريد أن يخرج من رقيق المال أحدا فليخرجه قبل المساقاة أو يريد أن يدخل فيه أحدا فليفعل ذلك قبل المساقاة ثم يساقى بعد ذلك ان شاء﴾ ش قوله لا ينبغى لرب المال أن يشترط على العامل اخراج أحد من رقيق المال يريد ان حكم المساقاة ابقاء من كان من خدام المال يوم المساقاة لان المساقاة انما تكون فيه على حاله الذى هو عليه يوم العقد لان بعمل العمال صار على الصفة التى يتراضيان عليها وباخراج المعين عن الحائط نقص عن تلك الصفة فصار بمنزلة استثناء شئ من الحائط الذى يعمل فى جملته وقد جوز ذلك ابن نافع وقد تقدم ذكره

(فصل) وقوله وان كان صاحب المال يريد أن يخرج من الرقيق أحدا فليخرجه أو يدخل فيه أحدا فليدخله قبل المساقاة ثم يساقى على ذلك ان شاء يريد ان له أن يخرج الرقيق منه أو يدخل

* قال مالك ولا يجوز للذى ساقى أن يشترط على رب المال رقيقا يعمل بهم فى الحائط ليسوا فيه حين ساقاه اياه * قال مالك ولا ينبغى لرب المال أن يشترط على الذى دخل فى ماله بمساقاة أن يأخذ من رقيق المال أحدا يخرجه من المال وانما مساقاة المال على حاله الذى هو عليه قال فان كان صاحب المال يريد أن يخرج من رقيق المال أحدا فليخرجه قبل المساقاة أو يريد أن يدخل فيه أحدا فليفعل ذلك قبل المساقاة ثم يساقى بعد ذلك ان شاء

قال ومن مات من الرقيق أوغاب أومرض فعلى رب المال أن يخلفه

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾
(كتاب كراء الأرض)
﴿ ماجاء فى كراء الأرض ﴾

* حدثنا يحيي عن مالك عن ربيعة بن أبى عبد الرحمن عن حنظلة بن قيس الزرقى عن رافع ابن خديج أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن كراء المزارع قال حنظلة فسألت رافع بن خديج بالذهب والورق فقال اما بالذهب والورق فلا بأس به * وحدثنى مالك عن ابن شهاب انه قال سألت سعيد بن المسيب عن كراء الأرض بالذهب والورق فقال لا بأس به * وحدثنى مالك عن ابن شهاب انه سأل سالم بن عبد الله عن كراء المزارع فقال لا بأس بها بالذهب والورق قال ابن شهاب فقلت له أرأيت الحديث الذى يذكر عن رافع بن خديج فقال أكثر رافع ولو كان لى مزرعة أكريتها

فيه من غير رقيقه من لم يكن فيه العدد الكثير الذى لا يجوز أن يشترط العامل ممن ليس فى الحائط

ص ﴿ قال ومن مات من الرقيق أوغاب أومرض فعلى رب المال أن يخلفه ﴾ ش قوله ومن مات من الرقيق يريد من رقيق الحائط الذين كانوا فيه يوم العقد أوشرط العامل فى العقد فن لم يكن فيه كالدابة والأجير فى الحائط الكبير فن مات منهم أوغاب بإباق أومرض فعلى رب الحائط خلفه يريد أن يعوض منه وكذلك كل ما يمنع من خدام الحائط من العمل لانه اذا انعقدت المساقاة على تخفيف العمل عنه مدة المساقاة ويصح أن يتعلق بأعيانهم ويلزم صاحب الحائط العوض منهم ان تعذر ذلك منهم لان العقد لا يتناولهم لان عملهم ليس بعوض فيه وانما هو مستثنى مما يلزم العامل ويلزم صاحب الحائط أن يأتى بهم وان كان يلزمه فى ذلك من الاجر أكثر من حصته من ثمر ذلك العام بخلاف أرض السقى بغور ماء بئرها بعد الزراعة فان على صاحبها أن ينفق فيها كراء سنة لا يزيد على ذلك وكذلك المساقاة يغور بئر الحائط أو ينهار فان للعامل أن ينفق فى ذلك قيمة حصة رب الحائط من ثمرة ذلك العام لا زيادة على ذلك (فرق) فعلى هذا ما تقدم من ذلك على ثلاثة ضرب ضرب لا يلزم صاحب الحائط والدار أن ينفق فيه قليلا ولا كثيرا كبنيان الدار المكتراة وغور العين للارض المكتراة قبل الزراعة والضرب الثانى يلزم صاحب الحائط أن ينفق فيه منفعة سنة كالنفقة على عين الارض المكتراة أو الحائط المساقى والضرب الثالث يلزمه أن يعيده الى ما كان بلغ ذلك ما بلغ كرقيق حائط المساقى ودوابه والفرق بينه وبين البئر والعين ان الرقيق والدواب من جنس ما يلزم العامل الاتيان به من عمل الحائط وانما لزم بقاؤهم فى الحائط لسقى الحائط على صفته التى كان عليها ثم على العامل عمل ما زاد على ذلك فاذا زالوا من الحائط لم يكن العامل عمل ما زاد على عملهم مع علم عملهم وكان ذلك بمنزلة صاحب العلو والسفل يلزم صاحب السفل أن يبنى أو يبيع ممن يبنى لتمكن صاحب العلو من عمله لانه لا يمكنه العمل دون أن يبنى صاحب السفل فيلزمه اعادة عمله على ما كان بالغا ما بلغ وليس كذلك ماء العين فليس من جنس ما يلزم العامل الاتيان به فاذا لم يكن تعلق به حق العامل لم يلزم صاحب الحائط الاتيان به ليستوفى للعامل منفعة واذا تعلق به حق العامل بالعمل والزراعة فى اكتراء الارض ولم يتعلق اصلاح ذلك بذمته وانما تعلق بالصاحب الارض فى ذلك (مسئلة) ومن أدخله العامل فى الحائط من غلام أو أجير أو دابة فتعذر عليه بموت أو غيبة أو مرض فعلى العامل عوضه لان المساقاة انعقدت على أن عليه ذلك العمل فى جميع مدة المساقاة

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾
(كتاب كراء الأرض)
﴿ ماجاء فى كراء الأرض ﴾

ص ﴿ مالك عن ربيعة بن أبى عبد الرحمن عن حنظلة بن قيس الزرقى عن رافع بن خديج أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن كراء المزارع قال حنظلة فسألت رافع بن خديج بالذهب والورق فقال أما بالذهب والورق فلا بأس به * مالك عن ابن شهاب أنه قال سألت سعيد بن المسيب عن كراء الآرض بالذهب والورق فقال لا بأس به * مالك عن ابن شهاب أنه سأل سالم بن عبد الله عن كراء المزارع فقال لا بأس بها بالذهب والورق قال ابن شهاب فقلت له أرأيت الحديث الذى يذكر عن رافع بن خديج فقال أكثر رافع ولو كان لى مزرعة أكريتها ﴾ ش قوله ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن كراء المزارع عام فى كل ما تكرى به الاما خصه الدليل فأى من ذلك المنع

في الجملة ذهب طاوس في أحد قوليه وذهب فقهاء الأمصار الى تجويز ذلك ووجهه ان الراوي للمنع باللفظ العام لم ينقل لفظ النبي صلى الله عليه وسلم وانما أخبر عنه وهو الذي أخبر بأن ذلك مقصور على غير الذهب والورق ومن جهة المعنى انه لو لم يجز استئجارها لمنفعتها المقصودة لجازت المساقاة فيها كالنخل ولما لم تجز المساقاة فيها جاز استئجارها كالدواب وسائر ما يستأجر

(فصل) وقول حنظلة فسألت رافع بن خديج بالذهب والورق فقال أما بالذهب والورق فلا بأس به يقتضي اباحة ذلك بالذهب والورق وقد ذهب الى اباحته بغير الذهب والورق مالك وفقهاء الأمصار غير ربيعة فانه منعه بغير الذهب والورق والدليل على ما نقوله ان ما جاز استئجاره بالذهب والورق جاز استئجاره بالحيوان والثياب كالرواحل فاذا ثبت ذلك فانه يجوز استئجاره بكل ما ليس بمطعوم ولا نابت في الأرض على مذهب مالك ورواية ابن القاسم عنه وقد تقدم ذكر ما لاصحابنا وغيرهم في ذلك من الاختلاف بما لا يليق بهذا المختصر

(فصل) وقول ابن شهاب لسالم وقد قال له يجوز كراؤها بالذهب والورق رأيت الحديث الذي يذكر عن رافع بن خديج يريد قوله نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن كراء المزارع ويتناول عموم ذلك للمنع من كرائها بذهب وورق وغيره فقال له سالم أكثر رافع يريد انه روى من النهي ما منع منه وما لم يمنع وان النهي انما توجه الى منفعته بغير الذهب والورق لكن رواه بلفظ العموم أو نقل اللفظ على ما سمعه ولم ينقل معه ما يمنع حمله على العموم من العرف والعادة أو ما يوجب التخصيص ويدل عليه

(فصل) وقوله ولو كانت لي مزرعة أكريتها على معنى تجويز الكراء في الجملة لا على معنى تجويزا كرائها بكل عوض وانما يقتضي ذلك انه يرى اكتراءها جائزا في الجملة ثم ينظر في العوض الذي روي عنه أنه جوز ذلك بالذهب والورق وسكت عن اكترائها بغير ذلك وقد روى نافع عن عبد الله بن عمر كان يكري مزارعه على عهد النبي صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم وصدرا من امارة معاوية ثم حدث رافع بن خديج أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن كراء المزارع فذهب ابن عمر الى رافع وذهبت معه فسألته فقال نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن كراء المزارع فقال ابن عمر قد علمت أنا كنا نكري مزارعنا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم بما على الأربعاء وشيء من التبن وروى ابن شهاب عن سالم بن عبد الله أن عبد الله بن عمر قال كنت أعلم في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم أن الارض تكرى ثم خشي عبد الله أن يكون النبي صلى الله عليه وسلم قد أحدث في ذلك شيأ لم يكن علمه فترك اكتراء الارض فقال ابن عمر لرافع ابن خديج قد علمت انا كنا نكري مزارعنا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم بما على الأربعاء وبشيء من التبن ليس فيه ان النبي صلى الله عليه وسلم علم به فأقره بل هو نفس المنهي عنه والمتفق عليه على المنع منه وقد روى رافع بن خديج عن عمه انهم كانوا يكرون الارض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم بما نبت على الأربعاء أو شيء يستثنيه صاحب الارض فنهانا النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقد تناول نهي النبي صلى الله عليه وسلم ما كان ابن عمر يفعله الا ان ابن عمر لم يكن علم بنهيه عن ذلك قال الليث في هذا الحديث وكان الذي نهى عنه من ذلك ما لو نظر فيه ذو الفهم بالحلال والحرام لم يجزه لما فيه من المخاطرة وقد بين علة ذلك رافع بن خديج من رواية يحيى بن سعيد عن حنظلة الزرقي عن رافع قال كنا أكثر أهل المدينة حقلا وكنا نكري الارض بالناحية منها مسماة لسيد الارض فمما يصاب ذلك وتسلم الارض ومما تصاب الارض ويسلم ذلك فنهاهم النبي صلى

الله عليه وسلم ولعل ابن عمر لما بلغه نهي النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك امتنع منه وجوزه بالذهب والورق على ما جوزه ابنه سالم ويحتمل أن يكون امتنع منه جملة لما خشي أن يكون حدث من النبي صلى الله عليه وسلم في ذلك منع عام والله أعلم ص ﴿ مالك انه بلغه ان عبد الرحمن بن عوف تكارى أرضا فلم تزل في يديه بكراء حتى مات قال ابنه فما كنت أراها الا لنا من طول ما مكثت في يديه حتى ذكرها لنا عند موته فأمرنا بقضاء شئ كان عليه من كرائها ذهب أو ورق قال مالك عن هشام بن عروة عن أبيه انه كان يكرى أرضه بالذهب والورق ﴾ ش قوله ان عبد الرحمن بن عوف كان يكارى أرضا فلم تزل في يديه حتى مات يحتمل انه كان اكتراها مساقاة وذلك بان يكريها منه بدينار في كل عام ولا يحد في ذلك أعواما ولكنه يطلق فيها القول وهذا عند مالك جائز ومنع منه الشافعي وقال هو باطل والدليل على ما نقوله ما روى ابن عمر ان اليهود سألوا النبي صلى الله عليه وسلم أن يقرهم على ان يكفوا العمل ولهم شطر الثمرة فقال نقركم على ذلك ما شئنا وهذا نص في موضع الخلاف ومن جهة المعنى ان ما جاز العقد على واحد منه غير معين جاز العقد على جملة منه غير مقدرة كما لو قال اشترى منك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم (مسئلة) اذا ثبت ذلك فانما يلزم هذا لكراء ما مضى وللمكترى أن يخرج متى شاء ولصاحب الارض أن يخرجه متى شاء رواه عيسى عن ابن القاسم في العتبية لان عدم التقدير في الكراء ينافي اللزوم لانه لو لزم لتأبد وذلك مناف للكراء ولا يلزم منه الا وجيبة واحدة في المشهور من المذهب وهذا اذا قال كل شهر بدرهم أو كل سنة بدرهم أو في السنة بكذا أو في الشهر بكذا رواه عيسى عن ابن القاسم عن مالك وروى في كتاب محمد أو الشهر وفي الواضحة لمطرف وابن الماجشون وروايتهما عن مالك انه اذا قال كل شهر أو الشهر أو في الشهر بكذا فالشهر الاول لازم وما زاد على ذلك فلكل واحد منهما نقضه في أول الشهر كان أو آخره وجه رواية ابن القاسم انه شهر لم يتعين الا كتعين غيره فيجب أن لا يكون لازما كالثاني ووجه رواية ابن الماجشون ان ما قدر به الكراء أقل ما يجب لزومه بالعقد لان العقد مقتضاه اللزوم وما زاد على ذلك فلم يتناوله اللزوم لانه زائد على ما قدر به الكراء (فرع) فان نقده الكراء فقد لزمهما مقدار ما نقده منه لان النقد قد قطع ما احتمله اللفظ من الخيار وأخرجه الى اللزوم في ذلك القدر ولو اكترى منه سنة معينة على أن يخرج متى شاء جاز (مسئلة) ولو عقد الكراء بان قال اكتريت هذه الارض سنة أو هذه الدار شهرا فهو جائز لكون المدة من وقت الكراء ويكون ذلك بمنزلة التعيين للسنة وان كانت دارا ففي المدونة ان اكتراها سنة ولم يسم متى يسكنها فان ذلك جائز فان اكتراها بعد مضي عشرة أيام من السنة فانه يحسب بقية هذا الشهر الذي ذهب بعضه ثم يحسب أحد عشر شهرا بعده بالاهلة ثم يتم على الأيام الاولى شهر ثلاثين يوما فيكون من هذا العام شهر واحد على الأيام واحد عشر شهرا بالاهلة وأما ان كانت أرضا فان كانت من الارض التي تزرع العام كله فيها البقول والخضر فيصح أن يكترى مشاهرة ومسانهة وان كانت خلية من الزرع فأول سنيها من يوم العقد وان كان فيها خضرة أو زرع فمن وقت تخلو وآخر عامها على ذلك على مثل ما تقدم من الدور الا أن يكون لاهل بلد عرف في الكراء بالشهور العجمية في الارض فيكون اطلاق الكراء يقتضي ذلك وان كانت من الارض التي انما تزرع مدة كارض النيل وما أشبهها فاول سنتها وقت زراعتها ووقت الزرع للحرث ان كانت أرضا يقدم لها الحرث وآخر عامها على ما قاله في المدونة رفع الزرع فان بقي من العام شهر أو شهران وما لا ينتفع فيه بالزرع فليس للمكترى أن يحرث فيها زرعا الا بكراء مؤتنف ولا يحط عنه لما بقي شئ ولربها حرثها لنفسه وليس للمكترى

* وحدثني مالك انه بلغه أن عبد الرحمن بن عوف تكارى أرضا فلم تزل في يديه بكراء حتى مات قال ابنه فما كنت أراها الا لنا من طول ما مكثت في يديه حتى ذكرها لنا عند موته فأمرنا بقضاء شئ كان عليه من كرائها ذهب أو ورق * وحدثني مالك عن هشام بن عروة عن أبيه انه كان يكرى أرضه بالذهب والورق

منعه لانه مضار ولو زرعها المكترى وهو يعلم ان الوجيبة تنقضى قبل تمام زرعه بالأيام والشهر فربها مخير ان شاء حرث أرضه وأفسد زرعه وان شاء أقره وأخذ بالأكثر من كراء المثل و بحساب كراء الوجيبة قاله ابن حبيب و وصف ذلك كله انه منعه من الزراعة لانقضاء عامه (فرع) فان كانت من الارض التى تزرع العام كله وأتى آخر العام وللمكترى فيها زرع أو بقل فقد قال مالك ليس لصاحب الارض قلعه وزرعه ولا يقلعه ويترك ذلك حتى يتم ولرب الارض كراء مثل أرضه على حساب ما كان اكتراها منه واختلف شيوخنا فى تأويل هذا اللفظ فقال بعض أهل بلدنا ان ظاهر اللفظ انه متضاد لان كراء مثل أرضه مفهومه ما يساوى أرضه كان ذلك أقل من حساب ما اكترى أو أكثر وقوله على حساب ما كان اكتراها يقتضى الاعتبار بما تقدم من عقدهما سواء كان ذلك أقل من كراء مثلها أو أكثر قال ولكن له فى المسئلة قولان أحدهما كراء المثل والثانى له كراء من حساب ما كان اكترى وقال بعض القرويين قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه والصحيح عندى من ذلك ان معنى هذا الكلام ان عليه كراء مثل تلك المدة لان أوقات السنة تختلف فى كثرة الكراء وقلته ولذلك قال مالك ليس كراؤها فى الشتاء والصيف واحدا فكراء مثل أرضه انما أراد من الأرض التى تستعمل السنة كلها فيعتبر كراؤها فى مثل ذلك الوقت من السنة ولكنه على حساب ما اكترى فان اكتراها منه بعشرة دنانير وتلك المدة وان كانت شهرا واحدا حصته من كراء السنة الربع لرغبة الناس فيه واخر وقت الغلة فيكون عليه ديناران ونصف وانما جاز له أن يعتبر بما عقد عليه من الكراء كان أكثر من كراء المثل أو أقل وان كانت المدة خارجة عن العقد لانه زرع فى وقت كان له العمل لانها مدة قد استحقها بالكراء ولا فائدة لها الا الزرع فلذلك أسند المدة المستقبلة الى هذه الاولى لانها بسببها ثبتت ولولا ذلك لكانت مدة تعد وظلم يكون لصاحب الأصل فيها كراء المثل أو يأمره بقلع ما زرع وهذا موضع الخلاف فان الغمر يقول لم يكن للمكترى أن يزرع حين لم يبق له من شهوره مدة يتم فيها زرعه فاذا زرع فقد تعدى فى بقية المدة فعليه كراء المثل الا أن يكون أقل مما يجب له على حساب ما مضى فعليه الأكثر لانه راس ادا عملها بحساب ما مضى وفى الواضحة أن المكترى أرض المساقاة قبل أن يعمد الى انقضاء الوجيبة فجاز ذلك بأيام أو شهر فله كراء ذلك على ما ذكرناه بريد ان الأكثر من كراء المثل أو على حساب ما كان اكترى وان علم انه لا يبلغ تمامه الا بالوجيبة بأمر بعيد فلرب الأرض أن يقلع أو يترك وله الأكثر من كراء الوجيبة أو كراء المثل فقال فى أول المسئلة له أن يعمد الى انقضاء الوجيبة ثم حكم فى ذلك بحكم المنع وانما تحقق القول على مذهبه أن له أن يعمد ما تيقن ان ورقته تتم قبل انقضاء الوجيبة ولو تبايعا عند الزراعة اوجب أن تكرى الأرض ويكون لكل واحد منهما من الكراء بقدر ماله من المدة (مسئلة) ولو اكترى أرضا سنين فغرسها فانقضت المدة وفيها شجر المكترى فان لصاحب الأرض أن يأخذها بقيمتها مقلوعة أو يأمر المكترى بقلعها ولو انقضت المدة وفيها زرع لم يكن لصاحب الأرض أن يأخذه بقيمته ولا أن يأمره بقلعه والفرق بينهما ان الزرع له أمر يكمل فيه وتخلو الأرض منه فلذلك كان لصاحبه أخذه لانه مما ينتقل و يحول والشجر أصل ثابت فلو لزم بقاؤه فى الأرض لاستحق صاحبه الأرض بغير عوض وخرج عن حكم الكراء الذى مقتضاه أن ينقضى بانقضاء أمد الى حد الاستحقاق فى الثمرة المؤبرة ولو كان فى الشجرة ثمرة مؤبرة لم يخل أن تكون مؤبرة أو غير مؤبرة فان كانت غير مؤبرة فقد قال غير واحد من القرويين ان كانت الشجرة غير مؤبرة

أجبر المكترى على قلع شجره وان كانت مؤبرة لم يجبر على قلعه وكان له ابقاؤها حتى تتم ثمرتها (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان الأرض على ضربين مأمونة وغير مأمونة فأما المأمونة فهى أرض النيل قال مالك وليس أرض المطر عندى بينا كبيان أرض النيل وان كانت لاتكاد تخلف فالنقد جائز خلافا لعمر بن عبد العزيز فى أرض النيل والدليل على مانقوله ان الغالب من منافعها الاستيفاء فجاز الكراء فيها كسكنى الدور قال مالك وأصحابه وكذلك أرض الآبار والأنهار لانها لاتكاد تخلف الا فى الغب (مسئلة) وأما أرض المطر فان كانت لاتخلف فقد قال مالك لابأس به والنيل أبين وبه قال ابن عبد الحكم وأصبغ وابن الماجشون وقد قيل لهما ان أرض الأندلس أرض مطر ولاتكاد تخلف فقالوا لاينعقد فيها حتى يأتيها المطر الذى يحرث عليه ولاينتظر بها الرواء بخلاف أرض النيل * قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه والذى عندى ان معنى المأمونة عند مالك أن تكفيها سقية واحدة تروى بها كأرض النيل فأما أرض المطر فلا يكفيها الا المطر المتكرر ولو أراد أن المأمونة هى التى لاينقطع عنها السقى بوجه لم تكن أرض النيل بمأمونة فانه قد ينقطع عنها السقى كما ينقطع المطر عن أرض المطر لكنها تفارقها لما قدمناه (مسئلة) وأما الأرض التى ليست بمأمونة فلايجوز النقد فيها بشرط عند العقد خلافا لأبى حنيفة والشافعى والدليل على مانقوله انه لما كانت منفعتها المقصودة منها لاتتم الا بالمطر لم يجب له كراء الأرض الا مع المطر ولما كان عدمه معتادا لم يجز النقد لان بعدم المطر يجب رده فيكون تارة كراء ان نزل المطر وتارة سلفا ان عدم المطر (فرع) فان نقد بشرط فقد روى فى العتبية حسين بن عاصم فيمن اكترى أرضه عشر سنين وهى أرض مطر وانتقد فان لم تكن مأمونة فهى كراء وسلف يفسخ مالم يفت فان حرثها لقليب أو زرع فذلك فوت ويقاصه بكراء سنة بعينها من سائر السنين من الثمن الذى قبض ويرد مابقى ووجه ذلك انه ان كان نقده بشرط لم يجز لانه سلف جر منفعة وان نقده بغير شرط فقد أطلق اللفظ فى المسئلة والأظهر الجواز وان كان بشرط ذلك فهو عقد فاسد فيفسخ مالم يفت فان فات بالعمل لزمه بكراء المثل فيقاصه كما تقدم فى كراء سنة معينة لانه فيها ولايقضيه غيرها ويترك ذلك دينا عليه يأخذ به منفعة أرض فيؤدى الى فسخ دين فى دين (مسئلة) فان أطلق العقد فى كراء الارض فتى يلزم النقد رأيت لأبى محمد عبد الحق أن كراء الارض على ثلاثة أوجه فأما أرض المطر فلايلزمه أن ينقد حتى يتم زرعه وأما أرض النيل والمأمونة من المطر فينقده اذا رويت وأما أرض السقى التى تزرع بطونا فينقده عند ابن القاسم عند تمام كل بطن ماينوبه وعند أشهب عند ابتداء كل بطن ماينوبه ولافرق بين الاول والثانى عندهما * قال القاضى أبو الوليد ويحتاج هذا الى تأمل فانه قد ذكر فى المدونة انه لايصلح النقد فى أرض المطر الا بعد ماتروى وتمكن من الحرث وهذا لايجوز أن يريد الا غير المأمونة فان المأمونة يصلح النقد فيها قبل أن تروى ولكنه لعله أراد فى مسئلة المدونة الرى المبلغ وعلى ذلك تصح المسئلة وانما يلزم النقد فى أرض النيل اذا رويت لأنها انما تروى مرة واحدة وبها يتم الزرع فما كان من أرض المطر هذا حكمه فهى المأمونة عند مالك وما كان توالى المطر عليها معتاد الا يكاد أن يخلف لكنه يحتاج الى تتابعه فى اتمام الزرع فلايلزم النقد بنفس الرى الاول وانما يلزم النقد بالرى المبلغ وأما أرض الخضر التى تزرع بطونا فقد قال أشهب يلزمه أن ينقد أول كل بطن ماينوبه وقال ابن القاسم ينقد عند تمام كل بطن ماينوبه وان كانت من الارض التى يكفيها أول سقية لتمام البطن

فهى التى أراد أشهب لأنها بمنزلة أرض النيل اذا قصد بها الزرع وان كان يحتاج الى متابعة السقى فهى التى عناها ابن القاسم وسواء كان الماء من عين أو بئر وهى التى تشبه السكنى ووجه ذلك ان الارض اذا كان مازرع فيها يتم بأول رى لزم النقد مع وجوده لأن الذى على صاحب الارض انما هو فى أرضه فقد قبض ذلك المكرى الارض اذا جعلناها قابضة فلزمه النقد وان كانت تحتاج الى توالى المطر وتتابعه فلم يقع الاستيفاء فيه فلم يلزم النقد وأما اشتراط الكراء فقد تقدم انه يجوز فى الارض المأمونة من النيل والسيح أو المطر على أى وجه كان أما انها عند العقد وأما أرض المطر التى يتخلف مطرها فلا يجوز اشتراط قبض ذلك عند العقد (مسئلة) فاذا وقع العقد على الجائز من ترك اشتراط النقد فى ينقد فقد قال مالك لا يصلح النقد فيها الا اذا رويت وذلك ينقسم قسمين فان كانت من أرض النيل فاذا قبض الارض وقدر ويت لزمه عند ابن القاسم نقد الكراء وان كانت من الارض التى لا يتم زرعها الا بالمطر أرض نيل كانت أو أرض مطر فانه لا ينقده الكراء حتى يتم وقال غيره اذا كانت مأمونة السقى وجب الكراء نقدا فوجه قول ابن القاسم ان الكراء انما يجب بتمام المنفعة وذلك انما يكون بالرى المبلغ ووجه قول الغير ان المنافع المنتفية والتى ظاهرها والغالب فيها امكان القبض بمنزلة المقبوضة

(فصل) وأما اكتراء الارض فان كانت مأمونة فانه يجوز عقد الكراء قبل ابان الحرث وتكرى العشر سنين وأكثر مالم يكثر ذلك فان كانت غير مأمونة كأرض المطر التى تروى مرة وتعطش أخرى فاجاز الرواة اكتراءها قبل ابان الحرث اذا لم ينقد وقال غيره لا تكترى الا قرب الحرث مع وقوع المطر والرى ويكون مبلغاله أولا كثره مع رجاء وقوع غيره ولا يجوز اكتراؤها أكثر من سنة واحدة وجه قول ابن القاسم أن عقد الكراء لا يمنع منه مخافة فوات المقصود التمكن من تسليم العين وانما يمنع من صحته تعذر تسليم العين فان ما يؤثر مخافة فوات المقصود من تعجيل النقد ووجه قول الغير ما احتج به من انه لا فائدة فى هذا العقد قبل وقت العمل الا مجرد التحجير على صاحب الارض من البيع وغيره فوجب أن يكون ممنوعا منه وقول ابن القاسم أظهر (مسئلة) وقد قال مالك فى المدونة لا أحب لأحد أن يتكارى أرضا لها ماليس فى مثله ما يكفى زرعه قال ابن القاسم وانما كرهه من وجه الغرر والفرق بينه وبين أرض المطر أن هذا انما يدخل من الماء على قدر ما يرى فان كان فيه ما يبلغ زرعه والا فلا شئ له غيره وأرض المطر ان لم يأت من المطر ما يبلغ زرعه والا سقط عنه الكراء قال ولو تكاريا على انه لم يكفه ما رأى من الماء رجع عليه بالكراء فانه أيضا خطأ ولأن صاحب الأرض لو علم أن ذلك الماء يتم به الزرع لم يكره بأمثال ذلك يريد ان الماء معلوم وانما تخاطر فى تمام الزرع به أم لا وأما المطر فاؤه غير معلوم وانما يكترى على التبليغ ولا يعلم المكترى من حال المطر الا ما يعلمه المكترى فلم يكن ذلك من وجه الخطر المانع صحة العقد وهذا كبيع الآبق الذى لا يتيقن تسليمه أو بيع المهر الصعب المطلق فانه لا يجوز بيعه وان شرط انه لم يستطع قبضه رد اليه الثمن والله أعلم (مسئلة) ومن اكترى أرضا ليزرعها شعيرا فان أراد أن يزرع فيها حنطة فقد قال ابن القاسم فى المدونة ان أراد أن يزرع فيها ما مضرته مضرة القمح أو أقل جاز له ذلك وان أراد أن يزرع فيها ما مضرته أشد من مضرة القمح لم يكن له ذلك ووجه ذلك أن ما تستوفى به المنافع فى الاجارات لا يتعين وانما تتعين العين التى يستوفى منها المنافع وجنس العين التى يستوفى بها كحمل الراحلة وانما تتعين الراحلة ويتعين جنس الحمل ليمتنع ما هو أضر منه ولا يمتنع

المكترى بما هو مثله (فرع) فان زرعها ما ضرره أكثر من الشعير فلربها كراء الشعير وقيمة الزيادة بالضرر قاله القاضى أبو محمد وقال الشافعى له كراء المثل ودليلنا على ذلك انه تناول من المنفعة زيادة على القدر المعقود عليه فلربه بقدر ما زاد مع ما عقد به أصل ذلك اكتراء دابة من بغداد الى حلوان فيتعدى بها الى الرى فان له الاجرة من بغداد الى حلوان وكراء المثل من حلوان الى الرى (مسئلة) ومن اكترى أرضا سنين للزرع لها بئر أو عين فذهب ماؤها فان لم يكن له زرع انفسخ الكراء وليس له أن ينفق فى اصلاح ذلك كراء عامه ذلك ولا غيره قاله محمد بن المواز وعبد الملك بن حبيب وغيرهما ووجه ذلك انه لا يلزمه استدامة الكراء لعدم ما اكترى من الماء الذى تتم به المنفعة المقصودة كما لو اكترى دارا ليسكنها فانهدم بناؤها وليس له على صاحبها اصلاحها لانه لم يزرع فيها بعد فلم يتلف له الا مال لا يترك الانفاق فيها قال ابن المواز فان أنفق فيها المكترى فهو مصدق ثم لا يلزم ذلك ربها الا أن يشاء فيؤدونه نقدا وان حبسه فى الكراء جاز قال ابن المواز فان أنفق فيها المكترى فهو مصدق ثم لا يلزم ربها ذلك ولم يكن دينا بدين (مسئلة) وان كان قد زرع الأرض فلا يخلو أن يكون فى كراء السنة الأولى ما يصلح به ما فسد من الماء أو لا يبلغ ذلك فان لم يبلغه فسخ الكراء بينهما قاله أبو محمد بن المواز وقال عبد الملك بن حبيب يقال للمكترى أنفق ما زاد على أن رب المال مخير عليك بعد الوجيبة فى أن يأمرك بقلع مالك فيه من خشب أو حجر أو يعطيك قيمته وكلاهما يؤول الى معنى واحد لان معنى قول ابن المواز المكترى لم يرد أن ينفق ما زاد على كراء السنة فاحتاج الى الزيادة ومعنى قول ابن حبيب انه أراد ذلك وبدأ بالانفاق وهو يظن بلوغ المراد على كراء السنة فاحتاج الى الزيادة (مسئلة) فاذا زرع لزم رب الارض العمل بكراء أول عام سواء انتقد أو لم ينتقد فان كان انتقد وأعدم به ففى الموازية قيل للمزارع أنفقه من مالك سلفا ان شئت ووجه ذلك أنه لما تعلق هذا الحق بانفاق هذا العام اختص به فان كان الكراء باقيا عند الزارع أنفقه وان كان عند صاحب الأرض لزمه انفاقه فان أعدم به كان لصاحب الأرض أن يسلفه اياه ويتبعه به فى ذمته (مسئلة) ويعلم كراء ذلك العام بتقويم السنين ان كانت تختلف فينفق ما يصيب هذا العام وهو مذهب مالك فى المدونة قال محمد بن المواز يخرج من كراء الأرض لثلاث سنين ثلث الكراء ان اكتراه بالذهب أو الورق وان كان مؤخرا ولا يقوم العين وان كان عرضا فانما يخرج فيه كراء تلك السنة من الصفقة على أن يقبض الى أجله كالو بيع (مسئلة) ولو أحب الزارع أن لا ينفق وسقط عنه الكراء فذلك له قاله مالك ووجه ذلك ان الحق ثبت له بالزراعة فكان له الخيار فى اقتضائه أو تركه وأما صاحب الارض فحاله قبل الزراعة أو بعده سواء (مسئلة) فان زرع وذهب بالعين أو البئر قبل تمام الزرع فهلك الزرع بذهاب الماء فلا كراء لصاحب الأرض فان كان أخذ الكراء لزم صاحب البئر أو العين رده وان كان لم يأخذه فذلك عن الزارع موضوع ولو هلك بعضه وكان قد حصد شيأ له قدر ومنفعة أعطى من الكراء بحساب ذلك وان لم يكن له قدر ولا منفعة لم يكن لرب الأرض من الكراء شئ قاله مالك فى المدونة (مسئلة) ولو كانت من أرض المطر فقد قال مالك فى المدونة ان لم يأته من المطر ما يتم به زرعه فلا كراء عليه ولو كثر المطر فقتل الزرع فان كان فى ابان الحرث وفى وقت لو انقطع وزال الماء أمكنه أن يريد زراعتها فلم ينكشف الماء حتى مضت أيام الزراعة فلا كراء عليه لانه بمنزلة أن تغرق الأرض قبل الزراعة فيها فالكراء لازم قاله ابن القاسم وبعضه عن مالك (مسئلة) ولو غرقت الأرض بعد ابان الزراعة فقد قال مالك

ان زرع فجاءه برد فأذهب زرعه فان الكراء عليه وكذلك ان أصابه جراد أو جليد وغرقت الأرض في غير ابان الزراعة فتلف الزرع ص ﴿ قال يحيي وسئل مالك عن رجل أكرى مزرعته بمائة صاع من تمر أو مما يخرج منها من الحنطة أو من غير ما يخرج منها فكره ذلك ﴾ ش وهذا على ماتقدم انه لا يجوز كراء الارض بالحنطة لانها مما يخرج منها وكذلك سائر المطعومات ولا بأس أن تكرى الارض بأرض أخرى خلافا لأبي حنيفة في قوله لا يجوز ذلك الا أن تكون المنافع من جنسين والدليل على مانقوله أنهما منفعتان يجوز عقد الاجارة على كل واحدة منهما فجاز العقد على احداهما بالاخرى كما لو كانا من جنسين

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(كتاب القراض)

﴿ ما جاء في القراض ﴾

ص ﴿ مالك عن زيد بن أسلم عن أبيه أنه قال خرج عبد الله وعبيد الله ابنا عمر بن الخطاب في جيش الى العراق فلما قفلا مرا على أبي موسى الاشعري وهو أمير البصرة فرحب بهما وسهل ثم قال لو أقدر لكما على أمر أنفعكما به لفعلت ثم قال بلى ههنا مال من مال الله أريد أن أبعث به الى أمير المؤمنين فأسلفكماه فتبتاعان به متاعا من متاع العراق ثم تبيعانه بالمدينة فتؤديان رأس المال الى أمير المؤمنين ويكون الربح لكما فقالا وددنا ذلك ففعل وكتب الى عمر بن الخطاب أن يأخذ منهما المال فلما قدما باعا فأربحا فلما دفعا ذلك الى عمر قال أكل الجيش أسلفه مثل ما أسلفكما قالا لا فقال عمر بن الخطاب ابنا أمير المؤمنين فأسلفكما أديا المال وربحه فأما عبد الله فسكت وأما عبيد الله فقال ماينبغي لك يا أمير المؤمنين هذا لو نقص المال أو هلك لضمناه فقال عمر أدياه فسكت عبد الله وراجعه عبيد الله فقال رجل من جلساء عمر يا أمير المؤمنين لو جعلته قراضا فقال عمر قد جعلته قراضا فأخذ عمر رأس المال ونصف ربحه وأخذ عبد الله وعبيد الله ابنا عمر بن الخطاب نصف ربح المال ﴾ ش قوله رضي الله عنه ههنا مال من مال الله أريد أن أبعث به الى أمير المؤمنين فأسلفكماه لم يرد بذلك احراز المال في ذمتهما وانما أراد منفعتهما بالسلف ومن مقتضاه ضمانهما المال وانما يجوز السلف لمجرد منفعة السلف لانه لمحض الرفق فاذا قصد المسلف منفعة نفسه دخل الفساد فاذا أسلف رجل رجلا مالا ليدفعه بغير ذلك البلد وقصد به منفعة المتسلف خاصة فهو جائز لاختصاصه بمنفعة المتسلف فان أراد رده اليه حيث لقيه ببلاد السلف أو غيره من البلاد التي يؤمر فيها أجبر المسلف على قبضه لان تأخير المسلف به الى بلد آخر دفعه خاصة فاذا أراد أن يعجله لزم المسلف قبضه كالاجل (مسئلة) فان أراد المسلف منفعته بالسلف بأن يقصد احراز ماله في ذمة المتسلف الى بلد القضاء كالسفاتج التي يستعملها أهل المشرق فالمشهور من مذهب مالك ان ذلك غير جائز وروى أبو الفرج جواز السفاتج ولعله أراد مالم يقصد المسلف منفعة نفسه والأظهر منعها اذا قصد المسلف المنفعة التي قد مناذكرها (مسئلة) وسواء كان المسلف صاحب المال أو غيره ممن له النظر عليه من امام أو قاض أو وصي أو أب فلا يجوز للامام أن يسلف شيأ من مال المسلمين ليحرزه في ذمة المتسلف وكذلك القاضي والوصي في مال

منها فكره ذلك
﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾
(كتاب القراض)
﴿ ما جاء في القراض ﴾
* حدثني مالك عن زيد ابن أسلم عن أبيه انه قال خرج عبد الله وعبيد الله ابنا عمر بن الخطاب في جيش الى العراق فلما قفلا مرا على أبي موسى الأشعري وهو أمير البصرة فرحب بهما وسهل ثم قال لو أقدر لكما على أمر أنفعكما به لفعلت ثم قال بلى ها هنا مال من مال الله أريد أن أبعث به الى أمير المؤمنين فأسلفكماه فتبتاعان به متاعا من متاع العراق ثم تبيعانه بالمدينة فتؤديان رأس المال الى أمير المؤمنين ويكون الربح لكما فقالا وددنا ذلك ففعل وكتب الى عمر بن الخطاب أن يأخذ منهما المال فلما قدما باعا فأربحا فلما دفعا ذلك الى عمر قال أكل الجيش أسلفه مثل ما أسلفكما قالا لا فقال عمر بن الخطاب ابنا أمير المؤمنين فأسلفكما أديا المال وربحه فأما عبد الله فسكت وأما عبيد الله فقال ما ينبغي لك يا أمير المؤمنين هذا لو نقص المال أو هلك لضمناه فقال عمر اديا فسكت عبد الله وراجعه عبيد الله فقال رجل من جلساء عمر يا أمير المؤمنين لو جعلته قراضا فقال عمر قد جعلته قراضا فأخذ عمر رأس المال ونصف ربحه وأخذ عبد الله وعبيد الله ابنا عمر بن الخطاب نصف ربح المال

اليتيم وقد نص على ذلك أصحابنا فى مسئلة القاضى ووجه ذلك ان مالا يجوز للانسان فى مال نفسه من الارتفاق فانه يجوز له فى مال يلى عليه كالسلف بزيادة (فرع) فان وقع السلف لما ذكرناه فسخ فى الأجل والبلد وأجبر المتسلف على تعجيل المال وأجبر المسلف على قبضه و بطل الاجل به ذلك كله كالبيع بأجل على وجه فاسد فانه يصح معجلا

(فصل) اذا ثبت ذلك فان فعل أبى موسى الاشعرى هذا يحتمل وجهين أحدهما أن يكون فعل هذا على ماذكرناه لمجرد منفعة عبد الله وعبيد الله وجاز له ذلك وان لم يكن الامام المفوض اليه لان المال كان بيده بمنزلة الوديعة لجماعة المسلمين فاستسلفه وأسلفهما اياه وسيأتى بيان أحكام الوديعة فى الأقضية ولو تلف المال ولم يكن عند عبد الله وعبيد الله وفاء لضمنه أبو موسى والوجه الثانى أن يكون لأبى موسى النظر فى المال بالتثمير والاصلاح فاذا أسلفه كان لعمر بن الخطاب الذى هو الامام المفوض اليه تعقب فعله فتعقبه ورده الى القراض

(فصل) وقول عمر أكل الجيش أسلفه مثل ما أسلفكما قالا لا تعقب منه لافعال أبى موسى ونظر فى تصحيح أفعاله وتبيين لموضع المحظور منه لانه لايخفى على عمر ان أباموسى لم يسلف كل واحد من الجيش مثل ذلك وانما أراد أن يبين لابنيه موضع المحاباة فى موضع فعل أبى موسى فلما قالا لا أقرا بالمحاباة فقال ابنا أمير المؤمنين فاسلفكما يريد ان تخصيصهما بالسلف دون غيرهما انما كان لموضعهما من أمير المؤمنين وهذا انما كان يتورع منه عمر أن يخص أحدا من أهل بيته أو ممن ينتمى اليه بمنفعة من مال الله لمكانه منه وكان عمر رضى الله عنه يبالغ فى التوقى من هذا ولذلك قسم لعبد الله بن عمر أقل مما قسم لغيره من المهاجرين الأولين وكان يعطى حفصة ابنته مما يصلح الى أزواج النبى صلى الله عليه وسلم آخر من يعطى فان كان نقصان ففى حصتها

(فصل) وقول عمر أديا المال وربحه نقض لفعل أبى موسى وتغيير لسلفه برد ربح المال الى المسلمين واجرائه مجرى أصله قال عيسى بن دينار وانما كره تفضيل أبى موسى لولديه ولم يكن يلزمهما ذلك وعلى هذا قولنا ان أباموسى استسلف المال وأسلفهما اياه لمجرد منفعتهما وان المال كان بيده على وجه الوديعة وأما اذا قلنا انه بيده لوجه التثمير والاصلاح فان لعمر تعقب ذلك والتكلم فيه والنظر فى ذلك لهما وللمسلمين بوجه الصواب ولم يختلف أصحابنا فى المبضع معه المال يبتاع به لنفسه و يتسلفه ان صاحب المال مخير بين أن يأخذ ما ابتاع به لنفسه أو يضمنه رأس المال لانه انما دفع اليه المال على النيابة عنه فى عرضه وابتياع ما أمره به وكان أحق بما ابتاعه به وهذا اذا ظفر بالامر قبل بيع ما ابتاعه فان فات ما ابتاعه به فان ربحه لرب المال وخسارته على المبضع معه

(فصل) وقوله فأما عبد الله فسكت يريد انه أمسك عن المراجعة برا بأبيه وانقيادا له واتباعا لمراده وأما عبيد الله فراجعه طلبا لحقه واحتج عليه بأن هذا مال قد ضمناه ولو دخله نقص لجبرناه وقول عمر بعد ذلك أديا المال وربحه اعراض عن حجته لان المبضع معه يضمن البضاعة اذا اشترى بها لنفسه وان دخلها نقص جبره ومع ذلك فان ربحه لرب المال

(فصل) وقول الرجل من جلساء عمر يا أمير المؤمنين لو جعلته قراضا على وجه ما رآه من المصلحة فى ذلك وان كان عمر لم يسئله الا انه قد جرى على عادته وما عرف من حال عمر واستشارته أهل العلم وكذلك المفتى يجوز أن يبتدئ الحكم بالفتوى اذا علم من حاله استشارته وجرت بذلك عادته والقراض الذى أشار به أحد نوعى الشركة يكون فيهما المال من أحد الشريكين والعمل من الثانى

والنوع الثاني من الشركة أن يتساويا في المال والعمل وسيأتي ذكرها ان شاء الله (مسئلة) وأما القراض فهو جائز لاخلاف في جوازه في الجملة وان اختلف العلماء في صحة أنواعه ووجه صحته من جهة المعنى ان كل مال يزكو بالعمل لايجوز استئجاره للمنفعة المقصودة منه فانه يجوز المعاملة عليه ببعض النماء الخارج منه وذلك ان الدنانير والدراهم لاتزكو الابالعمل وليس كل أحد يستطيع التجارة ويقدر على تنمية ماله ولا يجوز له اجارتها ممن ينميها فلولا المضاربة لبطلت منفعتها فلذلك أبيحت المعاملة بها على وجه القراض لانه لايتوصل من مثل هذا النوع من المال الى الانتفاع به في التنمية الا على هذا الوجه والله أعلم

(فصل) وقول عمر رضي الله عنه قد جعلته قراضا على سبيل التصويب لما رآه هذا المشير والاخذ بقوله وقوله الاول لم يكن حكما وانما كان اظهارا لما يريد أن يحكم به ورآه في هذه القضية ولو كان على وجه الحكم منه فقد اختلف أصحاب مالك فيه

(فصل) وانما جوز عمر ذلك لان عبد الله وعبيد الله عملا في المال بوجه شبهة وعلى وجه يعتقدان فيه الصحة دون أن يبطلا فيه مقصودا لمن يملكه فلم يجز أن يبطل عليهما عملهما فردهما الى قراض مثلهما وكان قراض مثلهما النصف فأخذ عمر النصف من الربح وعبد الله وعبيد الله النصف الثاني وبالله التوفيق ص ﴿ مالك عن العلاء بن عبد الرحمن عن أبيه عن جده أن عثمان بن عفان أعطاه مالا قراضا يعمل فيه على أن الربح بينهما ﴾ ش ان عثمان بن عفان أعطى جد العلاء بن عبد الرحمن مالا قراضا لفظة الاعطاء تقتضي تسليمه اليه وائتمانه عليه وهذه سنة القراض ولو شرطا بقاء المال بيد صاحبه واذا اشترى العامل سلعة وزن واذا باع قبض الثمن لم يجز ذلك ووجه ذلك ان هذا معنى قد أخرجهما عن صورة القراض ومعناه فمنع ذلك صحته لان صورة القراض أن يكون المال بيد العامل ومعناه أن يكون مؤتمنا على المال فما أخرج القراض عن ذلك وجب أن يمنع صحته لان ذلك يخرجه عن أن يكون قراضا ويجعله اجارة مجهولة العوض (مسئلة) فان عمل معه بغير شرط فهو ممنوع في الكثير دون اليسير لان الكثير مقصود في نفسه ومن أجله أنفق في القراض على ما أنفق فيه فلذلك أثر في المعاملة وأما اليسير فمالا يستند منه الحاضر مثل أن يعينه في شراء سلعة أو ينوب عنه في قبض دراهم يسيرة مما يفعله الانسان لصديقه أو يعين به من يعرفه من غير عوض فكان الأظهر أن القراض لم ينعقد على ما انعقد عليه لاجله (فرع) فان وقع ذلك قال محمد لايفسخ القراض لكثيره دون شرط ووجه ذلك أن عقد القراض قد سلم من الشرط وليست التهمة فيه بقوية لانه مما لا يكاد يفعل (مسئلة) وان تشارك العامل ورب المال بمال آخر جعله من مال القراض فان ذلك لايخلو أن يكون شرط في عقد القراض أولا فان كان شرط في القراض فان ذلك غير جائز خلافا للشافعي والدليل على ما نقوله ان هذين عقدان مقتضى أحدهما غير مقتضى الآخر فلم يجز الجمع بينهما في عقد واحد كالصرف والسلم (مسئلة) فان تشاركا بعد عقد القراض فلا يخلو أن يكون قبل العمل أو بعده وقد قال أصحابنا في الاشتراك بعد العمل أقوال مختلفة لم يسووا فيها ذلك قبل العمل أو بعده فروى ابن المواز عن مالك انه كان يخففه وروى عيسى عن ابن القاسم انه قال ان صح من غير موعد ولا رأى فهو جائز وفي العتبية عن أصبغ قال خير فيه وعن سحنون انه قال هو الرأي بعينه وذلك يحتمل وجهين أحدهما ان ذلك اختلاف في أقوالهم فأجازه مالك وابن القاسم ومنعه أصبغ وسحنون ووجه قول مالك انه قد سلم عقد القراض من الفساد وذلك أن يعقداه على ما يوجب تصرف

* وحدثني مالك عن العلاء بن عبد الرحمن عن أبيه عن جده أن عثمان ابن عفان أعطاه مالا قراضا يعمل فيه على أن الربح بينهما

رب المال يتصرف فيه وذلك غير صحيح كالو عملا عليه وهذا مبنى على أن العامل اذا عمل من غير شرط في عقد القراض لعقد صار عملا كثيرا بطل ذلك القراض والوجه الثاني انه يجوز في وقت دون وقت فلا يجوز قبل العمل ويجوز بعده لانه قبل أن يعمل رأس المال على ما كان عليه فهو بمنزلة أن يعقد القراض على ذلك لان هذه حالة لكل واحد منهما ترك القراض فيها اذا استدركا في هذه الحالة شرطا ينافي القراض فكأنما شرطاه في عقد القراض وأما اذا عمل العامل بالقراض ولزمهما أمره ولم يكن لاحدهما ابطاله فما التزم من ذلك فليس بمنزلة ماشرط من العقد وانما يجوز ذلك اذا عاد مال القراض الى غير الصفة التي أخذه العامل عليها وذلك مثل أن يكون مال القراض دنانير فيصير دراهم فيشتركان بالدراهم (مسئلة) وأما معونة الغلام فان كان شرط العامل خدمته في المال الكثير الذي يحتاج الى المعونة فيه فاختلف فيه قول مالك في كتاب محمد وهو اجازته ان هذا مال تجوز المعاملة عليه ببعض نمائه الخارج منه فجاز أن يشترط فيه خدمة العبد الواحد اذا كان كثيرا كالمساقاة ووجه الرواية الثانية أن المساقاة تختص بالخدمة ولذلك لا يجوز أن يخرج من الحائط من كان يعمل فيه من الخدام فلذلك جاز أن يشترط فيه الخادم وأما القراض فلا يجوز أن يشترط في الخادم (فرع) فاذا قلنا ان ذلك جائز فالفرق بينه وبين رب المال أن العامل اذا عمل في ماله نظر فيه بالحفظ له وذلك غير جائز كالو جعل غلامه أو وكيله معه ليحفظ عليه فان ذلك غير جائز وانما يجوز اذا كان بمجرد الخدمة والمعونة ولو أعانه بغلامه من غير شرط فلا بأس بذلك على القولين والله أعلم

(فصل) وقوله على أن الربح بينهما يحتمل وجهين أحدهما أن يكون الربح بينهما على أجزاء اتفقا عليها عند عقد القراض وليس في ذلك حد كالمساقاة (مسئلة) ويجوز أن يكون جميع الربح للعامل أو لرب المال بالشرط هذا هو المشهور من مذهب مالك وقال أبو حنيفة والشافعي لا يجوز ذلك ويكون القراض فاسدا الا أن أبا حنيفة يقول اذا شرطا الربح للعامل صار قراضا واذا شرطاه لرب المال صار بضاعة

(فصل) والوجه الثاني أن يقول الربح بينهما ولا يذكرا مقدارا أو يقول اعمل في هذا المال على ان لك في الربح شركا أو شركة ذلك كله جائز وقال محمد بن الحسن اذا قال على ان لك شركة في الربح فهو جائز واذا قال على ان لك شركا فهو قراض فاسد (فرع) فاذا قلنا بجواز ذلك فقد قال ابن القاسم ان عمل على ذلك فهو على قراض مثله وقال غيره له النصف وجه القول الاول ان الشركة لما احتملت النصف وغيره كانت بمنزلة ان لم يذكرا شيأ بينهما وعمل العامل من غير شرط فله قراض المثل ووجه القول الثاني ان اطلاق لفظ الشركة يقتضي تساوي الشريكين ولا يعدل عن ذلك الا ببيان فيحمل عند الاطلاق على ظاهره كالو أقر رجلان أنهما شريكان في هذا المال ثم ادعى أحدهما مزية

《مايجوز في القراض》
*قال مالك وجه القراض المعروف الجائز أن يأخذ الرجل المال من صاحبه على أن يعمل فيه ولا ضمان عليه ونفقة العامل من المال في سفره من طعامه وكسوته وما يصلحه بالمعروف بقدر المال اذا شخص في المال اذا كان المال يحمل ذلك فان كان مقيما في أهله فلا نفقة له من المال ولا كسوة

《 مايجوز في القراض 》

ص 《 مالك وجه القراض المعروف الجائز أن يأخذ الرجل المال من صاحبه على أن يعمل فيه ولا ضمان عليه ونفقة العامل من المال في سفره من طعامه وكسوته ومايصلحه بالمعروف بقدر المال اذا شخص في المال اذا كان المال يحمل ذلك فان كان مقيما في أهله فلا نفقة له من المال ولا كسوة 》ش

وهـذا كما قال ان من سنة القراض ماقـدمناه من ان العامل يأخذ المال القراض ويعمل فيه ولا يكون عليه الضمان وانما هو من ضمان رب المال ولا خـلاف فى ذلك فان شرط الضمان على العامل فالعقد فاسد خلافا لأبى حنيفة فى قوله العقد صحيح والدليل على مانقوله ان هذا نقل الضمان عن محله باجماع فاقتضى ذلك فساد العقد والشرط أصـل ذلك اذا باع منه شيأ على البائع ضمانه أبدا ولذلك لو شرط عليه حيلا أو رهنا أو بمينار واه ابن المواز عن ابن وهب قال ويرد الى قراض مثله وباقى الفصل سيرد بيانه بعد هذا ان شاء الله ص ﴿ مالك ولا بأس ان يعين المتقارضان كل واحد منهما صاحبه على وجه المعروف اذا صح ذلك منهما ﴾ ش وهذا كما قال فانه لا بأس بان يعين العامل رب المال فيما ينفرد به اذا كانت معونته على وجـه المعروف المحض ولم يكن لان المال بيده وهذا اذا كانت المعونة يسـيرة مع كون المال الذى يقرضـه بيد صاحبه فاما ان يبضع معه فقـد قال مالك يجوز القليل منه دون الـكثير وكره ابن القاسم ماقل منـه لشرط وجه ماقاله مالك أن اليسير غير مقصود فلا تهمة فيه بخلاف الـكثير الذى ينعقد العقد بسببه ويكون زيادة مقصودة فيه ووجه ماقاله ابن القاسم ان ذكره واشتراطه فى العقد ازدياد فى القراض على العامل وذلك يقتضى كونه مقصودا فيه (فرع) فاذا قلنا برواية مالك فاذا كان ذلك مما لا يتحمل مال القراض لـكثرته فيحتمـل ذلك العامل ومال القراض ناص فقد قال مالك لا يجوز ذلك ووجهه انه لما كان لـكل واحـد منهما حل العقد كان ذلك بمنزلة حال العقد وكل شئ يمنع صحـة العقد حال العقد فانه يمنع صحة العقد ما كان رأس المال باقيا على صفته وان كان رأس المال قد شغله العامل فى تجارة قال مالك فانه لا يجوز ووجهه ان هذا وقت ليس لرب المال انتزاعه من العامل فتبعد التهمة فيه ويحمل على أن العامل متبرع به والله أعلم (مسئلة) وأما معونة رب المال للعامل فقـد تقدم الـكلام فيه اذا كان المال بيد العامل بان أراد العامل أن يبضع معه شـيأ من مال القراض ص ﴿ مالك ولا بأس بان يشترى رب المال ممن قارضـه بعض مايشترى من السلع اذا كان ذلك صحيحا على غير شرط ﴾ ش وهذا كما قال انه لا بأس أن يشترى رب المال من العامل بعض ما ابتاعه من السلع اذا كان ذلك على وجـه الصحة مالم يكن على وجه الهدية لابقاء المال بيده أو ليتوصل بذلك الى أخذ شئ من اربح قبل المقاسمة وسواء اشترى منه بنقد أو الى أجـل رواه عيسى عن ابن القاسم وذلك اذا كان اشترى منه بنقد أخرجه من عنده ووجه ذلك انه اشتراه منه بما يتبايع به الناس فقد سلما من التهمة ووجوه الفساد فجاز ذلك بينهما (مسئلة) فان اشـتراها ليأخذها من القراض ففى كتاب محمد عن ابن القاسم لا خير فيـه (مسئلة) وان اشـترى العامل من رب المال سلعا فلا يخلو أن يبتاعها بمال القراض أو لنفسـه فان ابتاعها منه للقراض بمال القراض ففى كتاب محمد اختلف فيـه قول مالك فروى عنه عبد الرحيم انه خففه ان صح وروى عنه ابن القاسم كراهيتـه وكذلك الصرف وجه الرواية الاولى انه اذا صح البيـع بينهما جاز كما لو باع العامل من رب المال ووجـه رواية ابن القاسم مايحـذر من تغابن العامل له وزيادته فى ثمن سلعته فيتوصل بذلك الى أخذ منفعة من مال القراض قبـل القسمة وربما أثر ذلك فى مال القراض نقصا يحتاج العامل الى جـبره بعمله وان ابتاع العامل لنفسـه فهو جائز قاله ابن القاسم ووجـه ذلك ان التبايع لم يقع فى مال التجارة فلم يؤثر فى ذلك فسادا فى عقـدها كمبايعة الأجنبى (مسئلة) فان ابتاع العامل من رب المال بعض سلع القراض فلا يخلو أن يكون ذلك مع اسـتدامة القراض أو مع التفاضل فيه فان كان مع اسـتدامته فانه يجوز نقدا ولا يجوز الى أجل خلافا للبعـ[illegible]

*قال مالك ولا بأس بأن يعين المتقارضان كل واحد منهما صاحبه على وجه المعروف اذا صح ذلك منهما * قال مالك ولا بأس أن يشترى رب المال ممن قارضه بعض مايشترى من السلع اذا كان ذلك صحيحا على غير شرط

ويحيى بن سعيد فى تجويزهما ذلك الى أجل والدليل على صحة ما قلناه ان القراض مبنى على التساوى ومباعدة الازدياد من العامل فاذا باع منه سلعا بثمن الى أجل فالظاهر أنه انما اشتراها بزيادة على القسمة فيزداد منه للقراض تلك الزيادة وتكون أيضا مضمونة عليه وذلك خلاف ما بنى عليه القراض (مسئلة) وان كان عند التفاضل فيجوز بالنقد وأما بالتأخير ففى العتبية عن مالك أنه قال لا خير فيه وكأنه نحا به ناحية الربا وروى عيسى عن ابن القاسم أن ابتياعه منه بنقد أو بمثل فأقل الى أجل فهو جائز ولا يجوز الى أجل بأكثر من رأس المال وقال ابن حبيب فى واضحته سمعت أصحاب مالك يقولون لا بأس به وعمدته ابن القاسم وجه قول مالك أن ما بقى من المال عند العامل هو الذى وجب لرب المال من مال القراض فلا يجوز أن يؤخره عنده لزيادة يزدادها منه لأن ذلك مما يشابه الربا لأن الذى له عنده عين فيتركه عنده ليزيده فيه ووجه آخر ان على العامل بيع ذلك العرض وتحصيل ثمنه فاذا باعه منه بثمن الى أجل قويت التهمة فى انه يعطيه الثمن المؤجل فيما بقى بيده من رأس مال القراض وفى عمله ويضمن مع ذلك ما لم يأخذه على الضمان ووجه رواية عيسى أنه اذا باعه بمثل رأس المال فأقل ضعفت التهمة واذا كان بأكثر من رأس المال قويت التهمة ووجه رواية ابن حبيب عن أصحاب مالك انه انما يبيع منه ذلك عند التفاضل بعد ان رضى بأخذه رب المال فاذا جاز بيعه بالنقد جاز بيعه بأجل لأن كل تهمة توجد فيه مع التأجيل توجد مع النقد فاذا لم يمنع ذلك بيعها بالنقد لم يمنع بيعها بالتأجيل ص * قال مالك فى رجل دفع الى رجل والى غلام له مالا قراضا يعملان فيه جميعا ان ذلك جائز لا بأس به لأن الربح مال لغلامه لا يكون الربح للسيد حتى ينتزعه منه وهو بمنزلة غيره من كسبه * ش وهذا كما قال انه اذا دفع الى عبده مال القراض ورجل آخر ليكون الربح بينهما فانه جائز وهما بمنزلة الاجنبيين فى ذلك والعبد يكون مع العامل على ثلاثة أوجه أحدها أن يكون عاملا معه والربح بينهما والثانى يكون خادما للمال ولا شئ له من الربح والثالث أن يكون أمينا عليه وحافظا له فان كان عاملا فيه والربح بينهما وهما تاجران أمينان فهو جائز خلافا لأبى ثور فى منعه ذلك والدليل عليه انه شريك له فى حفظ المال وربحه والعمل فيه فلم يمنع ذلك صحة القراض كالاجنبى (مسئلة) ومن شرط صحة مقارضة الاثنين أن يتساوى حظهما من الربح فان اختلف ذلك فكان لأحدهما الثلث وللآخر السدس ولصاحب المال النصف لم يجز خلافا لأبى حنيفة والشافعى فى تجويزهما ذلك والدليل على ما نقوله ما احتج به ابن القاسم بأنهما شريكان بأبدانهما فلا يجوز تفاضلهما فيما يعود نوعه عليهما كالشركة المختصة بالابدان (فرع) وسواء كان أحد العاملين أبصر من الآخر أو مثله وكذلك ان كان العامل الاجنبى أبصر من غلامه لأنه ليس من شرط الشريكين فى التجارة تساويهما فى البصر بالعمل الذى اشتركا فيه كالمعلمين والطبيبين (مسئلة) وأما ان كان العبد لخدمة المال فهو جائز اذا كان المال كثيرا يحتاج الى من يخدمه ويعينه وأما ان كان معه من يحفظ المال منه فذلك غير جائز وقد تقدم ذكره

(فصل) وقوله لأن الربح لغلامه لا يكون الربح للسيد حتى ينتزعه منه يريد أن ما أبرزته للغلام القسمة من الربح فهو ملك له ولا يملكه السيد بعد القسمة الا بالانتزاع ولو كانت حصته من الربح للسيد لم يؤثر ذلك فسادا فى القرض من جهة الجهل بالحصة لأنه لو دفع رجل مالا قراضا الى عامل على أى جزء اتفقا عليه جاز ذلك فلا يبطل القراض باضافة حصة أحد العاملين الى حصة رب المال وانما كان يبطل اذا كان العامل نائبا عن رب المال فما كان من ربح له وما كان من عمل فانه ينوب عنه واذا قلنا ان العبد

* قال مالك فى رجل دفع الى رجل والى غلام له مالا قراضا يعملان فيه جميعا أن ذلك جائز لا بأس به لان الربح مال لغلامه لا يكون الربح للسيد حتى ينتزعه منه وهو بمنزلة غيره من كسبه

يملك حصته من الربح حتى ينتزعها منه السيد فانما ينوب عن نفسه وعمله له وهو وغيره من العاملين
علىكون حصتهم من الربح بالقسمة وكذلك في المساقاة وهذا المشهور من مذهب مالك وبه قال
الشافعي وقال أبو حنيفة يملك بالظهور وقد روى ابن القاسم عن مالك مسائل تقتضي ذلك وجه
القول الاول ان كان ممن يستحق العمل بالعوض فانه لا يملكه الا بعد الفراغ من العمل والتسليم يدل
على ذلك أنه اذا قال له ان خطت هذا الثوب فلك دينار فانا قد أجمعنا على انه لا يستحق الدينار الا بعد
الفراغ والتسليم كذلك في مسئلتنا مثله ووجه القول الثاني ان هذا أحد الشريكين فوجب أن
يملك الربح بظهوره كصاحب المال (فرع) اذا ثبت ذلك فان وجوب الزكاة في ربح مال
القراض مبني على ذلك فان قلنا ان العامل يملك حصته بالقسمة فان وجوب الزكاة فيه معتبر بحال
رب المال فان كان عبدا أو كافرا فلا زكاة فيه وان قلنا انه يملك بظهوره اعتبرنا حاله في الزكاة بحال
العامل والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله وهو بمنزلة غير ذلك من كسبه يريد انه في ملك العبد دون السيد وانما ينتقل
الى السيد بالانتزاع وهو مذهب مالك في ان العبد يملك خلافا للشافعي في قوله لا يملك العبد والدليل
على ما نقوله أن من جاز له أن يطأ بملك اليمين صح منه الملك كالحر

﴿ مالا يجوز في القراض ﴾

﴿ مالا يجوز في القراض ﴾ * قال مالك اذا كان لرجل على رجل دين فسأله أن يقره عنده قراضا أن ذلك يكره حتى يقبض ماله ثم يقارضه بعد أو يمسك وانما ذلك مخافة أن يكون أعسر بماله فهو يريد أن يؤخر ذلك على أن يزيده فيه

ص ﴿ قال يحيى قال مالك اذا كان لرجل على رجل دين فسأله أن يقره عنده قراضا ان ذلك يكره
حتى يقبض ماله ثم يقارضه بعد أو يمسك وانما ذلك مخافة أن يكون اعسر بماله فهو يريد أن يؤخر
ذلك على أن يزيده فيه ﴾ ش وهذا كما قال انه لا يجوز أن يقر الدين بيد من هو عليه على وجه القراض
ويدخله ما قال من الزيادة في الدين للتأخير به لأنه قد يرضى بالجزء اليسير من أجل بقاء الدين عنده
فيفتضح باحضاره ولولا ذلك لما رضي بمثله (مسئلة) والقراض بالدين على وجهين أحدهما انه
لا يحضر المال والثاني أن يحضره فان لم يحضره فقد حكى ابن المواز عن مالك ليس له الا رأس ماله
وقاله ابن القاسم في العتبية وجه ذلك ان عقد القراض أدخل الفساد على ما كان يجوز له من تأخيره
بالدين فوجب أن يبطل القراض وأن يبقى الدين على حسب ما كان (مسئلة) وان كان أحضر
المال فجعله قراضا قبل أن يقبضه رب المال فالمشهور من المذهب انه غير جائز وبه قال الشافعي
وقال القاضي أبو محمد فيمن غصب دنانير أو دراهم ثم ردها فقال المغصوب منه لا أقبضها ولكن اعمل
بها قراضا ان ذلك جائز ويحتمل أن يكون الفرق بينهما أن يكون المغصوب أحضر المال تبرعا
فلذلك جوزه وان الذي عليه الدين اتفق معه على احضار الدين ليرده اليه على وجه القراض ولو جاء
بدينه متبرعا قاضيا له فتركه عنده قراضا أقام احضاره مقام قبضه بعد المعرفة بجودته ووزنه والدليل
على صحة ما ذكرناه من قول أصحابنا في المنع من ذلك انه ما لم يقبض منه بالانتقاد والوزن فهو في ذمته
فلم يجز القراض به كالذي لم يحضره (فرع) فان نزل فروى ابن القاسم عن مالك انه ليس لرب
المال الا رأس ماله وهو في العتبية من رواية سحنون عن ابن القاسم وروى أشهب في غير العتبية
ان نزل مضى وجه الرواية الاولى ما تقدم من انه دين ثابت في الذمة قورض به فلم يكن لرب المال غير
رأس ماله مضمونا كالذي لم يحضر ووجه قول أشهب ان هذا مال قد حضرت عينه وعلمت براءة
من كان عليه منه فاذا رده اليه قراضا فقد أذن له في قبضه من نفسه فكان ذلك بمنزلة المقبوض منه

(مسئلة) وأما الوديعة فاختلف أصحابنا فيها فكره ابن القاسم المقارضة بها حتى تحضر وقال ابن المواز لابأس به وكرهها ابن حبيب من غير الثقة ولم يكرهه اذا كان المودع ثقة وجه قول ابن القاسم انه لما كان يمكن المودع التصرف فيه على وجه الاقتراض كانت بمنزلة الدين فى منع المقارضة بها ولذلك جوزه ابن حبيب فى العدل الثقة لانه يوثق بقوله هى عندى لم أتصرف فيها ووجه قول ابن المواز أن يد المودع يد رب المال لانه حافظ له فصح أن يقبضها من نفسه قراضا كما يصح أن يقبضها من رب المال بذلك الوجه (فرع) فان نزل القراض بالوديعة مضى والربح بينهما ويصدق المودع فى ضياعه رواه ابن القاسم عن مالك فى العتبية ووجه ذلك انها لم تتعلق بالذمة وانما كانت وديعة لصاحبها بيد المودع النائبة عن يده ولو أحضرها لارتفعت الكراهية فيها ولم يختلف فى جوازه البقاء عينها وكذلك المرتهن لنفسه أو لغيره ص ﴿قال مالك فى رجل دفع الى رجل مالا قراضا فهلك بعضه قبل أن يعمل فيه ثم عمل فيه فربح فأراد أن يجعل رأس المال بقية المال بعد الذى هلك منه قبل أن يعمل فيه قال مالك لا يقبل قوله ويجبر رأس المال من ربحه ثم يقتسمان ما بقى بعد رأس المال على شرطهما من القراض﴾ ش وهذا على ما قال ان هلاك بعض المال قبل أن يعمل به لا يغير حكم رأس المال بل هو على ما عقدا عليه وقبض العامل من المال لان القراض على ذلك انعقد بينهما فتى ربح بعد ذلك جبر ما نقص من المال بالربح فان فضلت بعد ذلك الجبر فضلة فتلك جميع الربح ولو اتفقا بعد النقص على اسقاط ما هلك من رأس المال واستئناف القراض بما بقى منه فقد اختلف أصحابنا فى ذلك فالذى رواه ابن القاسم عن مالك انه لا يصح ذلك الا بعد أن يقبض رب المال بقية ماله قبضا صحيحا ثم يدفعه بعد ذلك اليه قراضا مستأنفا وروى ابن حبيب عن مالك وابن الماجشون انهما اذا تحاسبا فاقرا ما بقى بعد الخسارة رأس مال القراض فان ذلك يكون تفاضيا صحيحا وما عقداه من القراض عقدا مستأنفا أحضر المال أو لم يحضره وأما ان كان على وجه الاجبار لا على وجه المماصلة فان حكم القراض الاول باق ووجه رواية ابن القاسم ان التفاضل فى القراض انما يكون بان يقبض رب المال ماله ومالم يوجد ذلك فان ذلك لا يصلح لانه انما قصد الى أن يزيد العامل فى حظه من الربح ما يقتضيه عند القراض من جبر ما تقدم من الخسارة وذلك غير صحيح ولا جائز ووجه رواية ابن حبيب ان المماصلة تقع فى ذلك بالقول دون القبض كسائر العقود ولان العقود اللازمة تفسخ بالقول فبان تفسخ به الجائزة أولى وأحرى ص ﴿قال مالك لا يصلح القراض الا فى العين من الذهب أو الورق ولا يكون فى شئ من العروض والسلع﴾ ش وهذا كما قال انه لا يجوز القراض بغير الدنانير والدراهم لانها أصول الأثمان وقيم المتلفات ولا يدخل أسواقها تغيير فلذلك يصح القراض بها فأما ما يدخله تغير الأسواق من العروض فلا يجوز القراض به ووجه ذلك انه قد يأخذ العامل العرض قرضا وقيمته مائة دينار فيتجر فى المال فيربح مائة فيرده وقيمته مائتان فيصير الربح كله لرب المال ولا يحصل للعامل شئ وقد لا يربح فيرده وقيمته خمسون فيبقى بيده من رأس المال خمسون فيأخذ نصفها وهو لم يربح شيأ (مسئلة) فأما القراض بالفلوس فقد قال ابن القاسم لا يجوز ذلك وروى عن أشهب فى الأمهات انه أجاز القراض بها وجه القول الاول ان الفلوس ليست بأصل فى الأثمان ولذلك لا تجرى مجرى العين فى تحريم التفاضل وبيعها بالعين نساء فلم يجز القراض بها كالعروض ووجه القول الثانى انه لا يتعين بالعقد فصح القراض بها كالدنانير والدراهم (فرع) فاذا قلنا برواية المنع فان وقع ذلك فقد قال ابن المواز له القراض

* قال مالك فى رجل دفع الى رجل مالا قراضا فهلك بعضه قبل أن يعمل فيه ثم عمل فيه فربح فأراد أن يجعل رأس المال بقية المال بعد الذى هلك منه قبل أن يعمل فيه * قال مالك لا يقبل قوله ويجبر رأس المال من ربحه ثم يقتسمان ما بقى بعد رأس المال على شرطهما من القراض * قال مالك لا يصلح القراض الا بالعين من الذهب أو الورق ولا يكون فى شئ من العروض والسلع

بالنقار أخف والفلوس كالعروض وهذا مقتضى فساد القراض ويكون له في بيع الفلوس أجرة المثل وفيما نض من ثمنها قراض المثل وقال أصبغ هي كالنقار وقال ابن حبيب نحوه وترد فلوسا مثلها وجه قول ابن المواز ان الفلوس لا يحرم فيها التفاضل فاذا وقع القراض بها وجب فسخه كالعروض ووجه قول ابن حبيب ان هذا ثمن يتعامل به فلا يفسخ القراض اذا وقع به كالدنانير والدراهم (مسئلة) وأما نقار الذهب والفضة فروى ابن القاسم عن مالك المنع من القراض بها وروى عنه أشهب اجازة ذلك وروى يحيى بن يحيى منع ذلك في بلد يتعامل فيه بالدنانير والدراهم وأما في بلد يتعامل فيه بالتبر فلا بأس به وجه رواية ابن القاسم أنها تتعين بالعقد فكان القراض بها ممنوعا كالعروض ووجه رواية أشهب انها عين تجب فيها الزكاة فصح القراض فيها كالدنانير والدراهم (فرع) فاذا قلنا برواية المنع ووقع ذلك فان يحيى روى عن ابن القاسم انه يضمنه ولا يفسخه وقال القاضي أبو محمد وجه ذلك عندي على الكراهية وذلك عندي يحتاج أيضا الى توجيه ووجهه أن قيمته لا تتفاوت ولا يدخلها من حوالة الاسواق الا ما يقرب مما يدخل الدنانير والدراهم فلذلك لم يفسخ (مسئلة) وأما الحلي المصوغ من الذهب والفضة فلا يجوز القراض به ورواه أشهب عن مالك وذلك أن الصياغة قد غيرت حكمه وألحقته بالعروض (مسئلة) وأما المغشوش من الذهب والفضة فحكى القاضي أبو محمد انه لا يجوز القراض به مضروبا كان أو غير مضروب وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة ان كان الغش النصف فاقل جاز وان كان أكثر من النصف لم يجز ذلك واستدل القاضي أبو محمد في ذلك بأن هذه دراهم مغشوشة فلم يجز القراض بها أصل ذلك اذا زاد الغش على النصف * قال القاضي أبو الوليد والذي عندي انه انما يكون ذلك اذا كانت الدراهم ليست بالسكة التي يتعامل الناس بها فاذا كانت سكة التعامل فانه يجوز القراض بها لانها قد صارت عينا وصارت أصول الأثمان وقيم المتلفات وقد جوز أصحابنا القراض بالفلوس فكيف بالدراهم المغشوشة ولا خلاف بين أصحابنا في تعلق الزكاة بعينها ولو كانت عروضا لم تتعلق الزكاة بعينها وان اعترض في ذلك انه يجوز ان ينقطع فتستحيل أسواقها فمثل ذلك يعترض في الدراهم الخالصة اذا انقطع التعامل بها والله أعلم ص ﴿ قال مالك ومن البيوع ما لا يجوز اذا تفاوت أمره وتفاحش رده فأما الربا فانه لا يكون فيه الا الرد أبدا ولا يجوز منه قليل ولا كثير ولا يجوز فيه ما يجوز في غيره لان الله تبارك وتعالى قال في كتابه وان تبتم فلكم رؤس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون ﴾ ش وهذا كما قال ان من البيوع بيوعا مكروهة فان فات أمضي عقده ولم ينتقض ولم يغير كبيع الحب بعد أن أفرك وقبل أن ييبس وبيع الثمر بعد أن أزهى يؤخذ كيلا بعد أن يتمر قال ذلك عيسى وزاد فيه ان من البيوع المكروهة التي تجري مجرى ما تقدم ذكره ما اذا فات نظر فيه فان كان فيما شيء يأخذه البائع أعطيه والا لم ينتقص مما أخذ شيأ وان هي أدركت ولم تمت فأسقط البائع شرطه مضى البيع ولزمهما وأرى انه يصير الى بيع وسلف وليس ذلك من جملة البيوع المكروهة فقط بل هو من البيوع المحرمة وكذلك ما يرد فيه الى الأكثر من القيمة أو الثمن كبيع الأمة على أن تحمد أم ولد قال عيسى وأما الذي لا يفوت فالبيع الحرام يفسخ ما لم يفت فاذا فات رد الى القيمة فما دخل في قول عيسى انما يمضي من البيوع بالثمن اذا فات ما كان مكروها ولم يكن حراما وأما الذي يرد الى القيمة حين القبض فهو الحرام وقال ابن عبدوس ان كان بيع كان فساده لعقده كالبيع وقت صلاة الجمعة ممن يجب عليه اتيانها وكابتياع الرجل على بيع أخيه وبيع الحاضر للبادي والبيع على

* قال مالك ومن البيوع ما يجوز اذا تفاوت أمره تفاحش رده فأما الربا فانه لا يكون فيه الا الرد أبدا ولا يجوز منه قليل ولا كثير ولا يجوز فيه ما يجوز في غيره لان الله تبارك وتعالى قال في كتابه وان تبتم فلكم رؤس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون

تلق السلع فان فات يمضي بالثمن وما كان فساده في أحد عوضيه كبيع المجهول والغرر فانه يرد بعد الفوات الى القيمة وجه ماقاله عيسى ماحكى عن ابن القاسم فيمن باع كيلا من التمر من حائط معين قد أزهى انه يرد للاتيان به على الوجه المكروه مالم يفت فاذا فات أمضى كالصلاة في الوقت اذا وقعت على بعض الوجوه المكروهة الا أنها على صفات الاجزاء فانها تعاد في الوقت للاتيان بها على أكمل صفاتها فاذا فات الوقت لم تعد وأما البيع الحرام فانه يرد أبدا لانه وقع على الوجه الفاسد الذى لايصلح انفاذه عليه فوجب أن يرد التغابن فيه أبدا لانه لم علك بالعقد كالصلاة اذا عريت من صفات الاجزاء فانها تعاد أبدا ووجه ماقاله ابن عبدوس ان هذا عقد معاوضة فاذا كان الفساد في عقده كان فيه بعد الفوات العوض المسمى واذا كان فساده في عوضه كان فيه بعد الفوات القيمة كالنكاح

(فصل) قال ابن مزين وانما خرج مالك من مقالته في صدر المسئلة في القراض الى ذكر البيوع وما اختلف من ذكر مكروهها وحرامها وانما هو مثل ضربه اعتزى فيه أن للقراض مكروها وحراما كالبيوع لها مكروه وحرام فكروه القراض ما كان منه اذا فات بالعمل يرد فيه العامل الى قراض مثله مثل المقارض بالسلعة والمقارض على الضمان والمقارض يشرط أو يشترط عليه أن لا يرد المال الى أجل مسمى فهذا وشبهه مكروه القراض وهو نظير مكروه البيع كما لاينقض البائع في مكروه البيع من الثمن الذى باع به اذا كان أدنى من القيمة فكذلك لم يخرج المقارض في مكروه القراض و يرد الى قراض مثله وحرام القراض ما كان منه يرد المقارض بعد العمل الى أجرة مثله و يخرج عن ربح القراض كما أن البيع في البيوع الحرام و يرجع عند فوات السلعة الى قيمتها وان كان ذلك دون الثمن الذى باع به أو أكثر فهذا تأويل هذه المقالة التى قالها مالك وهذا الذى ذكره ابن مزين في ايراد مسئلة البيوع الفاسدة باثر مسائل القراض لابأس به في ان المراد به تمثيل القراض الفاسد بالبيوع الفاسدة وماذكره في ثبوت الحكم في القراض الحرام والمكروه متنازع وذلك ان القراض الفاسد اختلف أصحابنا في الواجب به اذا فات قال القاضي أبو محمد الظاهر انه يرد الى قراض المثل و به قال أشهب وابن الماجشون من رواية ابن حبيب عنه وروى عن مالك يرد في ذلك كله الى أجرة المثل ذكر هذه الرواية القاضي أبو محمد و به قال أبو حنيفة والشافعي وروى عن مالك يرد بعض القراض الفاسد الى قراض المثل و بعضه الى أجرة المثل حكاها عنه ابن حبيب وقال بهذا ابن القاسم وابن عبد الحكم وابن نافع ومطرف وأصبغ واختلف أصحابنا في تفسير ذلك فقال ابن حبيب أصل ذلك ان كل زيادة يشترطها أحدهما في المال داخلة فيه ليست بخارجة عنه ولا خالصة لمسترطها فذلك يرد الى قراض المثل وكل زيادة ازدادها خارجة من المال أو خالصة لأحدهما فان هذا يرد الى اجارة المثل وكل خطر وغرر يتعاملان عليه خرجا فيه عن سنة القراض فهو في ذلك أجير وحكى القاضي أبو محمد عن ابن القاسم ان معنى ذلك ان طال الفساد من جهة العقد فانه يرد الى قراض المثل ان كان من جهة زيادة ازدادها أحدهما على الآخر فانه يرد الى اجارة المثل حكى عن عيسى ماتقدم وجه الرواية الأولى ان شبهة كل عقد وفاسده يجب رده الى صحيحه اذا فات كالبيع والنكاح والاجارات اذا ثبت ذلك فهذا الذى ذكره ابن حبيب في التقسيم غير ماذهب اليه ابن مزين وانما كان يجب على ماذكره مالك في البيوع الفاسدة ان لو قال كل قرض اوقع على وجه مكروه ووجدت فيه شروط الصحة فانه يترك اذا وقع وفات وما كان حراما لم

يوجد فيه شروط الصحة فانه يرد أبدا وان فات كان فيه قراض المثل ولكن مالكا انما قصد الى ان حكم القراض المكروه مخالف لحكم القراض الفاسد كما ان حكم البيع المكروه مخالف لحكم البيع الفاسد ولم يقصد الى التسوية بين المكروه منها (فرق) والفرق بين قولنا قراض المثل وأجرة المثل ان قراض المثل متعلق بنماء ذلك المال وان كان فيه ربح فله حصته في مثله في عمله وأمانته في ذلك المال وان لم يكن له ربح فاختلف أصحابنا في ذلك فنهم من قال لا شئ له وهو الأظهر ومنهم من يجعل له قراض المثل حصة ثابتة مع وجود الربح وعدمه ويفرق بينه وبين أجرة المثل بان يجعل له الجزء الذي يعامل مثله عليه في مثل المال وأما أجرة المثل فانها متعلقة بذمة صاحب المال باجارة ثابتة يدفعها اليه من حيث شاء ان كان في المال ربح فالمشهور من المذهب ان له أجرة مثله كان له في المال ربح أو خسارة وقال ابن حبيب ان له أجرة المثل من الربح فان لم يكن في المال ربح فلا شئ له (فرق) وبينهما فرق آخر وهو ان العامل في قراض المثل يلزمه العمل الى أن ينض المال ولا يلزمه في أجرة المثل شئ من ذلك وعلى رب المال قبض دينه ان كان أذن له فيه وبيع عروضه وعلى العامل اثبات ديونه لان من كانت عليه ان جحدها ولم تثبت ببينة ضمنها العامل

﴿ ما يجوز من الشرط في القراض ﴾

ص ﴿ قال يحيي قال مالك في رجل دفع الى رجل مالا قراضا وشرط عليه أن لا تشترى بمالى الا سلعة كذا وكذا أو ينهاه أن يشترى سلعة باسمها * قال مالك من اشترط على من قارض أن لا يشترى حيوانا أو سلعة باسمها فلا بأس بذلك ومن اشترط على من قارض أن لا يشترى الا سلعة كذا وكذا فان ذلك مكروه الا أن تكون السلعة التى أمره أن لا يشترى غيرها كثيرة موجودة لا تخلف في شتاء ولا صيف فلا بأس بذلك ﴾ ش وهذا كما قال ان من شرط على العامل أن لا يتجر بسلعة معينة أو بالحيوان فذلك جائز وله شرطه لانه قد أبقى له من السلع ما لا يعدم التجارة فيها في بلد من البلدان ولا وقت من الأوقات وهذا شرط في صحة القراض فأما اذا قال له أقارضك على أن لا تشترى الا سلعة كذا السلعة بعينها فان كانت السلعة كثيرة موجودة ولا تعدم التجارة فيها ولا تعدم هى في وقت من الاوقات كالحيوان والطعام فان ذلك جائز وان كانت السلعة قد تعدم في وقت من الاوقات أو تتعذر التجارة بها لقلتها في بعض الازمان لم تجز المقارضة بها وعقد القراض على ذلك فانه فاسد وبهذا قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة هو جائز والدليل على صحة ما ذهب اليه مالك ان هذا اشترط ما ينافي عقد المضاربة فوجب أن لا يصح كما لو شرط عليه الضمان أو شرط أن يرد اليه عروضا والذى يدل على ان هذا الشرط ينافي المضاربة أن المقصود منها هو النماء والربح واذا قال لا تشتر الا هذا الثوب فانه لا يبعد أن يعدم في ذلك الثوب ربح فيبطل مقصود القراض (فرع) اذا ثبت ان ذلك يفسد القراض فانه يفسخ وقال ابن حبيب كل قراض وقع فاسدا انما يرد فيه العامل الى قراض مثله أو أجرة مثله فانه يفسخ متى عثر عليه قبل العمل وبعده ووجه ذلك انه عقد غير لازم فاذا عثر عليه قبل أن يبتاع بالمال شيأ فسخ وان عثر عليه بعد ان ابتاع بالجميع كان فسخه المنع من استئناف العمل به في المستقبل وهما فيما تقدم من العمل على قراض المثل أو أجرة المثل (فرع) فاذا قلنا يرد الى أجرة مثله فلا تفريع واذا قلنا يرد الى قراض مثله وابتاع ببعض العين سلعا * قال القاضى أبو الوليد فعندى ان اشترى باليسير الذى لا خطب له فهو كمن لم يشتر شيأ وان كان اشترى بالكبير وبقى الكثير فهو

﴿ ما يجوز من الشرط في القراض ﴾
* قال يحيي قال مالك في رجل دفع الى رجل مالا قراضا وشرط عليه أن لا تشترى بمالى الا سلعة كذا وكذا أو ينهاه أن يشترى سلعة باسمها * قال مالك من اشترط على من قارض أن لا يشترى حيوانا أو سلعة باسمها فلا بأس بذلك ومن اشترط على من قارض أن لا يشترى الا سلعة كذا وكذا فان ذلك مكروه الا أن تكون السلعة التى أمره أن لا يشترى غيرها كثيرة موجودة لا تخلف في شتاء ولا صيف فلا بأس بذلك

* قال مالك في رجل دفع الى رجل مالا قراضا واشترط عليه فيه شيأ من الربح خالصا دون صاحبه فان ذلك لا يصلح وان كان درهما واحدا الا أن يشترط نصف الربح له ونصفه لصاحبه أو ثلثه أو ربعه أو أقل من ذلك أو أكثر فاذا سمى شيأ من ذلك قليلا أو كثيرا فان كل شئ سمى من ذلك حلال وهو قراض المسلمين قال ولكن ان اشترط أن له من الربح درهما واحدا فما فوقه خالصا له دون صاحبه وما بقي من الربح فهو بينهما نصفين فان ذلك لا يصلح وليس على ذلك قراض المسلمين

* ما لا يجوز من الشرط في القراض *

* قال يحيى قال مالك لا ينبغي لصاحب المال أن يشترط لنفسه شيأ من الربح خالصا دون العامل ولا ينبغي للعامل أن يشترط لنفسه شيأ من الربح خالصا دون صاحبه ولا يكون مع القراض بيع ولا كراء ولا عمل ولا سلف ولا مرفق يشترطه أحدهما لنفسه دون صاحبه الا أن يعين أحدهما صاحبه على غير شرط على وجه المعروف اذا صح ذلك منهما ولا ينبغي للمتقارضين أن يشترط أحدهما على صاحبه زيادة من ذهب ولا فضة ولا طعام ولا شئ من الاشياء يزداده أحدهما على صاحبه قال فان دخل القراض شئ من ذلك صار اجارة ولا تصلح الاجارة الا بشئ ثابت معلوم ولا ينبغي للذي أخذ المال أن يشترط مع أخذه المال أن يكافئ ولا يولي من سلعته أحدا ولا يتولى منها شيأ لنفسه فاذا وفر المال وحصل عزل رأس المال ثم اقتسما الربح على شرطهما فان لم يكن للمال ربح أو دخلته وضيعة لم يلحق العامل من ذلك شئ لا مما أنفق على نفسه ولا من الوضيعة وذلك على رب المال في ماله والقراض جائز على ما تراضيا عليه رب المال والعامل من نصف الربح أو ثلثه أو ربعه أو أقل من ذلك أو أكثر

على قراض المثل فيما عمل فيه ويترك الباقي ص * قال مالك في رجل دفع الى رجل مالا قراضا واشترط عليه فيه شيأ من الربح خالصا دون صاحبه فان ذلك لا يصلح وان كان درهما واحدا الا أن يشترط نصف الربح له ونصفه لصاحبه أو ثلثه أو ربعه أو أقل من ذلك أو أكثر فاذا سمى شيأ من ذلك قليلا أو كثيرا فان كل شئ من ذلك حلال وهو قراض المسلمين قال ولكن ان اشترط أن له من الربح درهما واحدا فما فوقه خالصا له دون صاحبه وما بقي من الربح فهو بينهما نصفين فان ذلك لا يصلح وليس على ذلك قراض المسلمين * ش وهذا كما قال ان من اشترط من المتعاملين شيأ من الربح على الآخر فان ذلك جائز لان ذلك يقتضي أن لا يخلو واحد منهما من حصة من الربح ولو اشترط أحدهما عددا لم يجز لانه قد يمكن ذلك العدد أن يستغرق جميع الربح فلا يكون للآخر حظ من الربح وهو لم يدخل في القراض الا على حظ من الربح فلذلك كان الربح على الأجزاء لا على العدد فان شرط أحدهما مع الأجزاء شيأ من الربح مقدرا بالعدد ولو درهما واحدا فان ذلك يفسد عقد القراض لان القراض مبني على الاجزاء فاذا اشترط فيه عددا مستثنى أدخل الجهالة في الاجزاء المشترطة ولا يعلم حينئذ كم مقدارها ولا يعلم كل واحد منهما جزأه من الربح فلم يتقدر بجزء ولا بعدد فوجب أن يبطل والله أعلم

* ما لا يجوز من الشرط في القراض *

ص * قال يحيى قال مالك لا ينبغي لصاحب المال أن يشترط لنفسه شيأ من الربح خالصا دون العامل ولا ينبغي للعامل أن يشترط لنفسه شيأ من الربح خالصا دون صاحبه ولا يكون مع القراض بيع ولا كراء ولا عمل ولا سلف ولا مرفق يشترطه أحدهما لنفسه دون صاحبه الا أن يعين أحدهما صاحبه على غير شرط على وجه المعروف اذا صح ذلك منهما ولا ينبغي للمتقارضين أن يشترط أحدهما على صاحبه زيادة من ذهب ولا فضة ولا طعام ولا شئ من الأشياء يزداده أحدهما على صاحبه قال فان دخل القراض شئ من ذلك صار اجارة ولا تصلح الاجارة الا بشئ ثابت معلوم ولا ينبغي للذي أخذ المال أن يشترط مع أخذه المال أن يكافئ ولا يولي من سلعته أحدا ولا يتولى منها شيأ لنفسه فاذا وفر المال وحصل عزل رأس المال ثم اقتسما الربح على شرطهما فان لم يكن للمال ربح أو دخلته وضيعة لم يلحق العامل من ذلك شئ لا مما أنفق على نفسه ولا من الوضيعة وذلك على رب المال في ماله والقراض جائز على ما تراضيا عليه رب المال والعامل من نصف الربح أو ثلثه أو ربعه أو أقل من ذلك أو أكثر * ش وهذا كما قال انه لا يجوز لاحد المتعاملين أن يشترط لنفسه من الربح شيأ لا يمضي الى الاجزاء على ما قدمناه وقد بينا ذلك وقوله ولا يكون مع القراض بيع ولا كراء ولا عمل يريد انه لا يجوز أن يشتمل

عليهما عقد واحد وجه ذلك ان هذه عقود لازمة وعقد القراض عقد جائز والجواز ضد اللزوم فلما تنافى مقتضاهما لم يصح أن يجتمعا فى عقد لان ذلك يخرج أحدهما عن مقتضاه ويوجب فساده واذا فسد أحدهما فسد الآخر لاشتمال العقد عليهما (مسئلة) فان وقع بيع وقراض فقد روى عيسى عن ابن القاسم فى كتاب ابن مزين يفسخ ذلك مالم تفت السلعة ويعمل فى القراض ثم يتقارضان قراضا صحيحا ان شاآ فان لم تفت سلعة البيع وقد عمل فى المال فسخ البيع وكان أجيرا فى القراض وان فاتت السلعة وعمل فى المال فكذلك أيضا له قيمة سلعته ويرد فى القراض الى أجرة مثله ويكون نماء المال لربه (مسئلة) وأما ان اشترط عليه عملا كالصانع يأخذ القراض على العمل أو يعمل بيده قال ابن القاسم ان فات فهو أجير وقال ابن وهب هما على قراضهما * قال القاضى أبو الوليد ومعنى ذلك عندى أن يكون له أجر عمله ويكون فى المال على قراض مثله دون اشتراط عمله

(فصل) وقوله ولا سلف ولا مرفق يشترطه أحدهما لنفسه دون صاحبه على ما قال انه لا يجوز ذلك لما قدمناه من أن السلف طريقه اللزوم وكذلك عقود المرافق وذلك مما ينافى عقود الجواز فان وقع ذلك فربح السلف للعامل وهو فى المسألة الأخرى أجير على قول ابن القاسم وعلى قراض المثل فى قول ابن وهب

(فصل) وقوله الا أن يعين أحدهما صاحبه على غير شرط على وجه المعروف اذا صح ذلك منهما يريد أن يكون أحدهما يعين صاحبه من غير شرط ولا عوض الا لمجرد المعروف والمرفق فيما يجوز أن يعينه فيه ولا يعود بفساد القراض على ما تقدم قبل هذا فانه اذا صح ذلك منهما ولم يكن ذلك لمعنى القراض الذى بينهما فهو جائز غير مفسد لما بينهما من القراض

(فصل) ولا ينبغى للمتقارضين أن يشترط أحدهما على صاحبه زيادة من ذهب ولا فضة ولا طعام ولا شيأ من الأشياء على ما تقدم وان كانت الزيادة من الذهب والفضة من غير ربح القراض كانت مع القراض اجارة ان اشترط ذلك العامل وان اشترطه صاحب المال فانه عمل وعين معلوم بعين مجهول (فرع) فان نزل ذلك ففى كتاب محمد بن المواز عن مالك وأصحابه انه ان ترك ذلك من اشترطه قبل العمل فهو جائز ووجه ذلك عندهم انه قد أسقط ما أدخل الفساد فى العقد فى وقت يجوز له تركه وابتداؤه فكان ذلك بمنزلة ان فسخ العقد الفاسد واستأنف عقدا صحيحا (فرع) وأما بعد العمل فروى يحيى عن ابن نافع انه ان أبطل الشرط الفاسد مشترطه صح العقد وتماديا عليه وأنكر ذلك يحيى بعد العمل

(فصل) وقوله فان دخل القراض شئ من ذلك صار اجارة ولا يصلح الا بشئ ثابت معلوم يريد ان اشترطه العامل فهو اجارة لان من حكم القراض أن يكون عوض العمل حقه مقصور على ما يرجى خروجه من النماء فاذا اشترط العامل ذهبا من غيره أو غير ذهب فقد خرج عن سنة القراض الى ما لا يجوز فيه وانما يجوز فى الاجارة الا أن من شرط الاجارة أن يكون جميع عوضها معلوما فاذا كان بعض عوضها مجهولا مترقبا من النماء لم تصح الاجارة أيضا والفرق بين الاجارة على التجارة بالمال وبين القراض ان فى الاجارة يستأجره على ان يتجر له فى ماله بشئ معلوم معين مقبوض أو مقدر فى الذمة بعقد لازم فان جعل شئ منه فى النماء المترقب لم يجز ومعنى القراض أن يعامله معاملة جائزة ليعمل فى ماله بجزء من نمائه المترقب فان صرف شئ من عوض العمل الى غير ذلك لم يجز

(فصل) وقوله ولا ينبغى للذى أخذ المال أن يشترط مع أخذه المال أن يكافئ ولا يولى من سلعته أحدا ولا يتولى منها شيأ لنفسه يريد انه ليس للعامل أن يشترط فى عقد القراض الا أن يكافئ منه من أسدى اليه معروفا يختص به وأما لو كافأ منه أحدا بمعروف أسدى اليه فى مال القراض على وجه التجارة وحسن النظر لجاز ذلك وكذلك ليس له أن يولى أحدا سلعة يرجو فيها نماء وربحا وأما اذا ولاها وكان فى ذلك نظر فهو نفع يقصده مع المكايسة فللعامل أن يفعله وهذان الفصلان اذا كانا على وجه المتاجرة فللعامل فعله ولا يحتاج الى اشتراطها ولو اشترطها لما فسد بذلك القراض وان كانا على وجه المعروف فلا يجوز اشتراطهما ويفسد ذلك العقد وان فعلها من غير شرط كان ذلك موقوفا على اجازة صاحب العامل وأما أن يتولى من ذلك سلعة فان ذلك غير جائز لانه ليس له أن يذهب ببعض النماء الحاصل فى المال ولا يجوز اشتراطه فان فعل ذلك من غير شرط فلرب المال الخيار بين أن يمضيه ويلزمه العامل وبين أن يرده

(فصل) وقوله فاذا حضر المال وحصل عزله ثم اقتسما الربح على شرطهما يريد الذى يجب أن يبدأ بالاخراج فى قسمة القراض رأس المال لانه لا ربح لواحد منهما حتى يسلم الى صاحبه ويصير فى قبضه فوجب أن يبدأ فى القسمة فاذا سلم الى صاحبه وصار فى قبضه كان ما بقى بعده ربح حاصل فيقتسمانه على ما سميا فى القراض الصحيح ويجرى الأمر فيه على ما تقدم من الاختلاف فى القراض الفاسد

(مسئلة) فان اقتسما الربح دون أن يحضر رأس المال أو حضر فلم يقبضه صاحبه فان تلك قسمة فاسدة فان دخل المال نقص رد من الربح ما يجبر به رأس المال وان أتى على جميعه قاله عيسى

(فصل) وقوله فان لم يكن فى المال له ربح أو دخلته وضيعة لم يلحق العامل من ذلك شئ لا مما أنفق على نفسه ولا من الوضيعة وذلك على رب المال فى ماله يريد انه ان لم يكن للمال بعد اخراج رأس المال ورده الى صاحبه ربح يقسم فلا شئ للعامل ولا شئ عليه ان كان فى ذلك خسران ولا عليه أن يجبره لانه ليس بضمون عليه ولا عليه رد شئ مما أنفقه على نفسه ان كان سافر فيه سفرا يقتضى الانفاق على العامل لان ذلك بمنزلة سائر المؤن اللازمة لمال القراض من كراء حمل واجارة نشر وطى وقوله على رب المال فى ماله يريد مال القراض وليس ذلك فيما بيده من المال لانه لم يأذن له فى التصرف الا فى مال القراض فليس له أن يتصرف تصرفا يتعدى الى غير ذلك من ماله ص ﴿ مالك لا يجوز للذى يأخذ المال قراضا أن يشترط أن يعمل فيه سنين لا ينزع منه قال ولا يصلح لصاحب المال أن يشترط انك لا ترده الى سنين لأجل يسميانه لان القراض لا يكون الى أجل ولكن يدفع رب المال ماله الى الذى يعمل له فيه فان بدا لأحدهما أن يترك ذلك والمال ناض لم يشتر به شيأ تركه وأخذ صاحب المال ماله وان بدا لرب المال أن يقبضه بعد أن يشترى به سلعة فليس ذلك له حتى يباع المتاع ويصير عينا فان بدا للعامل أن يرده وهو عرض لم يكن له ذلك حتى يبيعه فيرده عينا كما أخذه ﴾ ش وهذا على ما قال انه لا يجوز أن يوقت القراض بمدة معلومة لا يجوز فسخه قبلها وان عاد المال عينا وان انقضت المدة فقد تم القراض فلا يكون للعامل ولا عليه أن يبيعه ولا يعمل به اذا كان عرضا عند انقضاء المدة وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى وقال أصحاب بعض أبى حنيفة ذلك جائز والدليل على ما نقوله انه عقد جائز فلم يتوقت بمدة من الزمان كالشركة ووجه ان القراض عقد جائز ومعنى ذلك ان لكل واحد من المتعاقدين فسخه متى شاء ولم يوقت بزمن لم يكن لكل واحد منهما ذلك لان التوقيت يمنع ذلك (مسئلة) فان وقع ذلك فحكى ابن المواز عن ابن نافع ان وقع فسخت الشرط وأبقيتهما

قال مالك لا يجوز للذى يأخذ المال قراضا أن يشترط أن يعمل فيه سنين لا ينزع منه قال ولا يصلح لصاحب المال أن يشترط انك لا ترده الى سنين لأجل يسميانه لأن القراض لا يكون الى أجل ولكن يدفع رب المال ماله الى الذى يعمل له فيه فان بدا لأحدهما أن يترك ذلك والمال ناض لم يشتر به شيأ تركه وأخذ صاحب المال ماله وان بدا لرب المال أن يقبضه بعد أن يشترى به سلعة فليس ذلك له حتى يباع المتاع ويصير عينا فان بدا للعامل أن يرده وهو عرض لم يكن ذلك له حتى يبيعه فيرده عينا كما أخذه

على قراضهما قال ابن مزين هو حسن قبل العمل وأما بعد ان يعمل فهو أجير والربح لصاحب المال والضمان منه

(فصل) وقوله وان بدا لرب المال أن يقبضه بعد ان يشترى سلعة فليس ذلك له يريد ان عقد القراض يلزم بتغير عين المال والذى يلزم منه عمل معتاد فى مثله يرجع به المال الى ما كان عليه من العين لتمكن الانفصال فيه ولا يلزم زيادة عليه بان يبتاع به سلعة أخرى أو يستأنف به تجارة ثانية وذلك مبنى على أصلين أحدهما ان القراض من العقود الجائزة التى لكل واحد منهما فسخه والثانى ان القراض لا يقع الانفصال فيه الا وهو على الصفة التى انعقد عليها وذلك بان يعود المال عينا على الصفة التى انعقد بها القراض فاذا ثبت الأصلان فلكل واحد من المتعاقدين فسخه ما كان عينا فاذا غيره فى سلعة لزمه العمل به الى أن يعود المال عينا فيمكن الانفصال به ويلزم رب المال تركه بيده اذا صار عرضا ليتخلص للعامل حصته من الربح التى لها عمل وذلك لا يكون الا بان يصير المال عينا يرد منه رأس المال ويتخلص بعد ذلك الربح لتصح المقاسمة فيه

﴿ زكاة القراض ﴾

ص ﴿ مالك لا يصلح لمن دفع الى رجل مالا قراضا أن يشترط عليه الزكاة فى حصته من الربح خاصة لأن رب المال اذا اشترط ذلك فقد اشترط لنفسه فضلا من الربح ثابتا فيما سقط عنه من حصة الزكاة التى تصيبه من حصته ﴾ ش وهذا كما قال انه لا يجوز لرب المال أن يشترط على العامل زكاة رأس المال لأن ذلك يعود الى أن يشترط عليه عددا من الربح ينفرد به ثم تطرأ القسمة بعد ذلك وربما استغرق بعد ذلك العدد جميع الربح فيسقط حظ العامل من الربح مع وجوده واشتراطه له وذلك ينافى الجواز لما فيه من الجهالة (مسئلة) فان اشترط على العامل زكاة الربح من حصته فقد اختلف أصحابنا فى ذلك فروى أشهب عن مالك فى كتاب ابن المواز لا خير فى ذلك وروى عنه ابن القاسم وغيره أن ذلك جائز وبه قال أشهب وجه رواية أشهب أن ذلك مجهول لأنه قد يقع التتارك بينهما قبل وجوب الزكاة فى المال وجه رواية ابن القاسم أنه اشترط عليه جزأ شائعا فكان جائزا بمنزلة أن يشترط عليه النصف وربع العشر وللعامل النصف غير ربع العشر (مسئلة) فان اشترط العامل على رب المال الزكاة فهو على ضربين أحدهما أن يشترط زكاة الربح من رأس المال والثانى أن يشترط زكاة حصته من الربح فى حصة رب المال من الربح فان اشترط زكاة المال من رأس الربح فقد قال عيسى لا يجوز وحكى القاضى أبو محمد جواز ذلك وجه رواية عيسى أن ذلك من الجهالة والغرر لأنه لا يدرى ما شرط عليه فى رأس ماله فى قلته أو كثرته ولا يدرى هل يثبت ذلك أم لا لأنه ان كان فيه ربح لزم رب المال أداء الزكاة عنه وان لم يكن فيه ربح فلا شئ عليه ووجه رواية القاضى أبى محمد أن زكاة رأس المال على رب المال وزكاة لربح منه ثم تقع القسمة بعد ذلك فاذا شرط العامل الزكاة على رب المال فانما شرط عليه زيادة جزء من الربح ولا تأثير لتخصيصه برأس المال لأن لرب المال أن يدفعه من حيث شاء كما لو شرط الزكاة رب المال على العامل ص ﴿ مالك ولا يجوز لرجل أن يشترط على من قارضه أن لا يشترى الا من فلان لرجل يسميه فذلك غير جائز لأنه يصير له أجيرا بأجر ليس بمعروف ﴾ ش وهذا كما قال انه لا يجوز لرب المال أن يشترط على العامل أن لا يشترى الا من فلان وقال أبو حنيفة هو جائز وقد تقدم الكلام فيه واحتج مالك فى ذلك انه اذا عين

﴿ زكاة القراض ﴾
* قال مالك ولا يصلح لمن دفع الى رجل مالا قراضا أن يشترط عليه الزكاة فى حصته من الربح خاصة لأن رب المال اذا اشترط ذلك فقد اشترط لنفسه فضلا من الربح ثابتا فيما سقط عنه من حصة الزكاة التى تصيبه من حصته ولا يجوز للرجل أن يشترط على من قارضه أن لا يشترى الا من فلان لرجل يسميه فذلك غير جائز لأنه يصير له أجيرا بأجر ليس بمعروف

له هذا التعيين فانما هو رسول لأن العامل فى المال سنته التصرف وطلب الاسترخاص فاذا منع من ذلك ونص على الابتياع من معين فانما هو رسول الى ذلك الرجل المعين يبتاع منه لرب المال فلا يجوز أن تتعلق أجرته بضمان المال لأن وجوده مجهول ومقداره مجهول (مسئلة) وسواء كان ذلك الرجل موسرا لاتعدم عنده السلع والمتاجر أو معسرا يعدم ذلك عنده قاله عيسى ورواه يحيي ابن يحيي عن ابن نافع ووجه ذلك أن هذا الشرط يمنع وجود النماء غالبا ويعقد على اختيار ذلك الرجل المعين لأن له أن يمتنع من مبايعته جملة أو من مبايعته الا بما شاء من الثمن الذى لا يرجى بعده ربح (فرع) فان وقع قال ابن نافع يفسخ مالم يفت فان فات صحح بما يصح به القراض الفاسد (مسئلة) وكذلك لو شرط عليه أن لايتجر الا فى حانوت معين وأما ان شرط عليه أن لايتجر الا ببلد معين فان كان حيث عقدا القراض وكان لايعدم فيه التجارة التى يقصدان لعظم ذلك البلد وكثرة متاجره فهو جائز وان كانت تلك المتاجر تعدم فيه لصغره لم يجز فأما ان كان بغير بلد القراض وانما شرط عليه أن يخرج اليه فذلك على ضربين أحدهما أن يخرج اليه ليتجر به والثانى أن يخرج اليه ليبيع فيه مايحمل اليه ويجلب منه مايشترى فأما الاول فقال ابن حبيب هو جائز ووجه ذلك انه شرط عليه التجارة ببلد يعلم وجودها به أبدا كما لو شرط عليه بلد عقد القراض وأما الثانى فاختلف فيه أصحابنا فروى ابن القاسم عن مالك المنع منه وبه قال ابن حبيب وروى أبو زيد فى ثمانيته عن ابن الماجشون فمن دفع الى رجل ألف دينار قراضا يذهب بها الى بلد من البلدان بعينه ليشترى بها متاعا ويقدم بها الى المدينة لايبيع الا بها وشرط ذلك عليه أن ذلك جائز وهو قراض الناس لم أسمع فيه اختلافا وروى أصبغ عن ابن القاسم اجازته فمين قارض رجلا على أن يخرج الى البحيرة أو الفيوم يشترى بها طعاما قيل له فالمكان بعيد مثل برقة وافريقية على أن يخرج اليها يشترى بها فقال لابأس بذلك وجه الرواية الاولى أن هذا اشترط على العامل سفرا بعينه وربما عدم التجارة والربح فيه لكساد سوق أو انقطاع طريق فوجب أن لايجوز كما لو اشترط عليه التجارة فى سلعة بعينها وجه القول الثانى أن هذا نوع من التجارة لا يكاد يخلو التصرف فيه على المعهود فجاز أن يقصر العامل عليه كالتجار فى البز ص ﴿ قال مالك فى الرجل يدفع الى الرجل مالا قراضا ويشترط على الذى دفع اليه المال الضمان * قال مالك لايجوز لصاحب المال أن يشترط فى ماله غير ما وضع القراض عليه وما مضى من ربح سنة المسلمين فيه فان نما المال على شرط الضمان كان قد ازداد فى حقه من الربح من أجل موضع الضمان وانما يقتسمان الربح على مالو أعطاه اياه على غير الضمان وان تلف المال لم أر على الذى أخذه ضمانا لأن شرط الضمان فى القراض باطل ﴾ ش وهذا كما قال ان لرب المال اذا شرط الضمان على العامل أن ذلك يقتضى فساد العقد ووجه ذلك ان عقد القراض لايقتضى ضمان العامل وانما يقتضى الامانة ولاخلاف فى ذلك فلذلك اذا شرط نقل الضمان عن محله باجماع اقتضى ذلك فساد العقد والشرط فان ادعى ضياعه أو سرقته صدق وان ادعى رده الى صاحبه فالقول قوله مع يمينه ان كان دفع اليه بغير بينة وان كان دفع اليه ببينة لم يبرأ الا ببينة (مسئلة) فاذا دفع القراض على الضمان وجب فسخه مالم يفت فان فات بطل الشرط ورد فيما قد مضى منه مالا بد منه فى تحصيل رأس المال على هيئته الى قراض المثل على ماروى عن مالك فى رد جميع القراض الفاسد الى قراض المثل وهو معنى قوله وانما يقتسمان الربح على مالو اعطاه اياه على غير ضمان (مسئلة) فان ادعى خسارة وكان وجه ماادعاه معروفا بان يكون من سافر مثل سفره أو تجر مثل تجارته أصابه

قال مالك فى الرجل يدفع الى رجل مالا قراضا ويشترط على الذى دفع اليه المال الضمان قال لايجوز لصاحب المال أن يشترط فى ماله غير ما وضع القراض عليه ومامضى من سنة المسلمين فيه فان نما المال على شرط الضمان كان قد ازداد فى حقه من الربح من أجل موضع الضمان وانما يقتسمان الربح على مالو أعطاه اياه على غير ضمان وان تلف المال لم أر على الذى أخذه ضمانا لأن شرط الضمان فى القراض باطل

*قال مالك في رجل دفع الى رجل مالا قراضا واشترط عليه أن لا يبتاع به الا نخلا أو دواب لأجل أنه يطلب ثمر النخل أو نسل الدواب ويحبس رقابها *قال مالك لا يجوز هذا وليس هذا من سنة المسلمين في القراض الا أن يشتري ذلك ثم يبيعه كما يباع غيره من السلع *قال مالك لا بأس أن يشترط المقارض على (١٦٥) رب المال غلاما يعينه به على أن يقوم معه الغلام في المال اذا لم يعد أن يعينه في المال لا يعينه في غيره

﴿القراض في العروض﴾

*قال يحيى قال مالك لا ينبغي لأحد أن يقارض أحدا الا في عين لأنه لا تنبغي المقارضة في العروض لأن المقارضة في العروض انما تكون على أحد وجهين اما أن يقول له صاحب العرض خذ هذا العرض فبعه فاخرج من ثمنه فاشتر به وبع على وجه القراض فقد اشترط صاحب المال فضلا لنفسه من بيع سلعته وما يكفيه من مؤنتها أو يقول اشتر بهذه السلعة وبع فاذا فرغت فابتع لي مثل عرضي الذي دفعت اليك فان فضل شئ فهو بيني وبينك ولعل صاحب العرض أن يدفعه الى العامل في زمن هو فيه نافق كثير الثمن ثم يرده العامل حين يرده وقد رخص فيشتريه بثلث ثمنه أو أقل من ذلك فيكون العامل قد ربح نصف ما نقص من ثمن العرض في حصته من الربح أو يأخذ العرض في زمان ثمنه فيه قليل فيعمل فيه حتى يكثر المال في يده ثم يغلو ذلك العرض ويرتفع ثمنه حين يرده فيشتريه بكل ما في يده فيذهب عمله وعلاجه باطلا فهذا غرر لا يصلح فان جهل ذلك حتى يمضي نظر الى قدر أجر الذي دفع اليه القراض في بيعه اياه وعلاجه فيعطاه ثم يكون المال قراضا من يوم نض المال واجتمع عينا ويرد الى قراض مثله

ذلك أو كان وجهه معروفا فهو مصدق وان ادعى من ذلك ما لا يعرف فروى ابن أيمن عن مالك انه ضامن ص ﴿قال مالك في رجل دفع الى رجل مالا قراضا واشترط عليه أن لا يبتاع به الا نخلا أو دواب لأجل أنه يطلب ثمر النخل أو نسل الدواب ويحبس رقابها *قال مالك لا يجوز هذا وليس هذا من سنة المسلمين في القراض الا أن يشتري ذلك ثم يبيعه كما يباع غيره من السلع﴾ ش وهذا كما قال انه لا يجوز أن يشترط رب المال على العامل أن يشتري به نخلا يوقف رقابها ويكون ربحها ثمارها لان العمل الذي يعامل عليه المقارض هو التجارة دون السقي والقيام على النخل ولا يجوز أن يكون عوضا عن سقي النخل والقيام عليها غير مقدرة وانما يجوز له أن يكون حصة من ثمرة ذلك النخل كما لا يجوز أن يكون العرض والثمرة عوضا عن عمل التجارة وكذلك القيام على الدواب لا يجوز أن يكون العوض عليه جزأ من نسلها لانها مما يزكو بغير عمل كالماشية ووجه آخر وهو انه قد يحبد العامل بارقاب الربح فيكون ممنوعا منه وهو المقصود بالقراض وفي كتاب محمد والواضحة عن مالك اذا اشترط رب المال على العامل أن يزرع مثل ذلك ص ﴿قال مالك لا بأس أن يشترط المقارض على رب المال غلاما يعينه به على أن يقوم معه الغلام في المال اذا لم يعد أن يعينه في المال لا يعينه في غيره﴾ ش وهذا كما قال لا بأس أن يشترط العامل على رب المال اذا كان كثيرا غلاما يعينه فيه بالخدمة دون غيره من الأموال ولو اشترط خدمة الغلام فيما يخص العامل لم يجز وانما ذلك كالمساقاة يجوز للعامل أن يشترط على رب الحائط الكبير الغلام يعينه في السقي والخدمة

﴿القراض في العروض﴾

ص ﴿قال يحيى قال مالك لا ينبغي لأحد أن يقارض أحدا الا في العين لانه لا تنبغي المقارضة في العروض لان المقارضة في العروض انما تكون على أحد وجهين إما أن يقول له صاحب العرض خذ هذا العرض فبعه فاخرج من ثمنه فاشتر به وبع على وجه القراض فقد اشترط صاحب المال فضلا لنفسه من بيع سلعته وما يكفيه من مؤنتها أو يقول اشتر بهذه السلعة وبع فاذا فرغت فابتع لي مثل عرضي الذي دفعت اليك فان فضل شئ فهو بيني وبينك ولعل صاحب العرض أن يدفعه الى العامل في زمن هو فيه نافق كثير الثمن ثم يرده العامل حين يرده وقد رخص فيشتريه بثلث ثمنه أو أقل من ذلك فيكون العامل قد ربح نصف ما نقص من ثمن العرض في حصته من الربح أو يأخذ العرض في زمان ثمنه فيه قليل فيعمل فيه حتى يكثر المال في يده ثم يغلو ذلك العرض ويرتفع ثمنه حين يرده فيشتريه بكل ما في يده فيذهب عمله وعلاجه باطلا فهذا غرر لا يصلح فان جهل ذلك حتى يمضي نظر الى قدر أجر الذي دفع اليه القراض في بيعه اياه وعلاجه فيعطاه ثم يكون المال قراضا من يوم نض المال واجتمع عينا ويرد الى قراض مثله﴾ ش وهذا كما قال انه لا ينبغي القراض الا بالعين

الدنانير والدراهم وقد تقدم تفسير ذلك فان قارضه بعرض فان ذلك يكون على وجهين أحدهما أن يقول له بع هذا العرض فاذا نض ثمنه فاعمل به قراضا يكون الثمن رأس المال فهذا لا يجوز وبه قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة هو جائز والدليل على ما نقوله ان هذا شرط مستأنف فلم يجز تعليق القراض به أصل ذلك هبوب الرياح ونزول المطر واستدلال في المسئلة وهو ان هذا قراض واجارة فلم يجز أن يجمعا في عقد لاختلاف مقتضاهما (مسئلة) والوجه الثاني أن يقول له خذ هذا العرض على القراض يكون العرض رأس المال ترد الى بعد تمام العمل مثله فما فضل شئ فهو ربح بيني وبينك فهذا أيضا لا يجوز خلافا لابن أبي ليلى في تجويزه ذلك والدليل عليه ما احتج به مالك من الغرر وهو انه يجوز أن يأخذ العرض في وقت رخصه ويرده في وقت غلائه فيذهب رب المال بربح المال أو يأخذه في وقت نفاقه ويرده في وقت كساده فيشتريه ببعض رأس المال ويقاسمه البعض الآخر دون أن ينمى بعمله ولذلك لم يجز القراض بما تختلف أسواقه ويختص ببعض الأوقات نفاقه

(فصل) وقوله فان جهل ذلك حتى يمضي الى آخر الفصل يريد في الوجهين جميعا من كتاب محمد وابن حبيب انه لما كان القراض لا يجوز الا بالعين وجب أن يصحح به عند الفوات فيكون القراض من وقت صح الثمن وحصل بيد العامل وما كان قبل ذلك فلا يمكن رده الى القراض الصحيح لانه لا يصح القراض به لوجه فكان فيه أجرة المثل وهذا كما يقول ان البيع الفاسد يصحح بعد الفوات ويرد الى البيع الصحيح اذا كان المبيع يصح بيعه فاذا لم يصح بيعه لم يرد الى البيع الصحيح (فرع) وذكر الشيخ أبو محمد بن أبي زيد في ذلك قسما ثالثا وهو اذا اعطاه عرضا بقيمته وجعلا تلك القيمة رأس المال فقال أبو محمد يظهر الى انه ان كان قصد الى أن يعمل بالثمن ويكون ما قوم به رأس المال انه أجير في كل شئ لانها زيادة مشترطة اما لرب المال واما للعامل بخلاف القراض بالعرض فلا يقدر له ثمن قال وهذا على أصل ابن القاسم * قال القاضي أبو الوليد وعندي ان هذا الوجه له حكم الوجهين المتقدمين لانه لو جاز أن يقال في هذا انه أجير لا بد أن تكون القيمة فيها زيادة لأحدهما من الآخر جاز أن يقال ذلك في القراض بنقد لانه لا بد أن يرده وقيمته أكثر فهذه زيادة لرب المال أو يرده وقيمته أقل فهذه زيادة للعامل

﴿ الكراء في القراض ﴾

ص ﴿ قال يحيي قال مالك في رجل دفع الى رجل مالا قراضا فاشترى به متاعا فحمله الى بلد التجارة فبار عليه وخاف النقصان ان باع فتكارى عليه الى بلد آخر فباع بنقصان فاغترق الكراء أصل المال كله * قال مالك ان كان فيما باع وفاء للكراء فسبيله ذلك وان بقي من الكراء شئ بعد أصل المال كان على العامل ولم يكن على رب المال منه شئ يتبع به وذلك أن رب المال انما أمره بالتجارة في ماله فليس للقارض أن يتبعه بما سوى ذلك من المال ولو كان ذلك يتبع به رب المال لكان دينا عليه من غير المال الذي قارضه فيه فليس للقارض أن يحمل ذلك على رب المال ﴾ ش وهذا كما قال لان رب المال أطلق يد العامل من ماله على رأس مال القراض دون غيره فكل ما عمل فيه العامل من عمل على وجه النظر عاد ذلك بخسران أو ربح فانه يلزمه فيه دون سائر أمواله فان لحق العامل بعد ذلك غرم بسبب مال القراض فهو ملتزم متعد في التزامه فكان عليه غرمه

﴿ الكراء في القراض ﴾ * قال يحيي قال مالك في رجل دفع الى رجل مالا قراضا فاشترى به متاعا فحمله الى بلد التجارة فبار عليه وخاف النقصان ان باع فتكارى عليه الى بلد آخر فباع بنقصان فاغترق الكراء أصل المال كله * قال مالك ان كان فيما باع وفاء للكراء فسبيله ذلك وان بقي من الكراء شئ بعد أصل المال كان على العامل ولم يكن على رب المال منه شئ يتبع به وذلك أن رب المال انما أمره بالتجارة في ماله فليس للقارض أن يتبعه بما سوى ذلك من المال ولو كان ذلك يتبع به رب المال لكان دينا عليه من غير المال الذي قارضه فيه فليس للقارض أن يحمل ذلك على رب المال

﴿ التعدى فى القراض ﴾

ص ﴿ قال يحيى قال مالك فى رجل دفع الى رجل مالا قراضا فعمل فيه فربح ثم اشترى من ربح المال أو من جملته جارية فوطئها فحملت ثم نقص المال * قال مالك ان كان له مال أخذت قيمة الجارية من ماله فيجبر به المال فان كان فضل بعد وفاء المال فهو بينهما على القراض الأول وان لم يكن له وفاء بيعت الجارية حتى يجبر المال من ثمنها ﴾ ش وهذا كما قال ان من ابتاع جارية من مال القراض فوطئها فحملت منه فان كان له مال أخذت منه قيمتها ولا فرق فى هذا بين أن يبتاعها من مال القراض على وجه الاستيلاد و بين أن يكون بيده جارية من مال القراض فيطؤها فتحمل منه قاله ابن حبيب واختلف أصحابنا فى القيمة التى تلزمه بذلك ففى كتاب محمد يلزمه الأكثر من قيمتها يوم الوطء وقال ابن حبيب يلزمه الأكثر من قيمتها أو ثمنها يوم الوطء وجه القول الأول انه انما تعدى عليها بالوطء و به فاتت فلزمته قيمتها يوم وطئها ووجه قول محمد أن رب المال لو أدركها قبل الحمل لم يمنعها الوطء من أخذها منه وردها الى القراض فاذا فاتت بالحمل بعد ذلك وهو الذى يمنع ردها الى القراض وكانت قيمتها يوم الحمل أكثر لزمته قيمتها يوم الحمل وان كانت قيمتها يوم الوطء أكثر لزمته قيمتها يوم الوطء لانه وقت ابتداء التفويت فيها والوطء كان سبب فواتها وان كان ثمنها أكثر لزمه ذلك لان الثمن أتلف بالتعدى وقد رضى بضمانه حين وطئها وكان ذلك بمنزلة مالو تسلف ثمنها (مسئلة) وان كان عديما فتعدى على جارية من القراض فوطئها فحملت كان صاحب المال مخيرا بين أن يضمنها له و يتبعه بقيمتها فى ذمته والقيمة فى ذلك يوم الوطء وليس له من قيمة ولدها ولا مما نقصها الوطء شئ و بين أن تباع عليه جميعا ان لم يكن فى المال ربح أو حصته منها ان كان فى المال ربح فان نقص ثمن ما بيع منها من ذلك النصيب الذى بيعت من قيمتها يوم الوطء اتبعته بذلك النقصان بنصيبه من قيمة الولد وان شاء تمسك بنصيبه منها واتبعه بنصيبه من قيمة الولد قاله عيسى وهذا على ما اختاره ابن القاسم وأما على اختيار أشهب فانه من ضمن قيمة أمة بالوطء من شريك أو مقارض فانه لا شئ عليه من قيمة ولدها وجه قول ابن القاسم ان القيمة انما يحكم بها عليه يوم الحكم فما كان فيها من ولد قبل ذلك فهو لصاحب المال ووجه قول أشهب أن القيمة انما تكون يوم الوطء فيجب أن يسقط فيها ما كان من نما بعد ذلك فراعى ابن القاسم يوم الحكم وراعى أشهب يوم القيمة والله أعلم (مسئلة) فان كان معدما وتسلف من مال القراض فاشترى جارية فأحبلها فالذى قاله مالك ان رب المال مخير بين أن يجيز له ذلك و بين أن نباع له فى المال الذى تسلف وروى ابن القاسم عن مالك انه يتبع به فى ذمته فى العدم بقيمتها ولا تباع وجه الرواية الأولى أن هذا دفع المال اليه على وجه التنمية لرب المال فليس له أن ينفرد بالانتفاع به أصله لو ابتاع منه ما لا يشترى به فوجده قد اشترى به جارية فأحبلها أو ثوبا يختص به ووجه الرواية الثانية انه انما تسلف عينا وعليها وقع تعديه فكان ما اشترى فيه المتعدى لا سيما وقد تسبب بحرمة العتق فاذا لزمته القيمة فلم أمنع صاحب المال من عوضه لانه لم يدفع اليه المال ليشترى به جارية وانما دفعه اليه ليطلب الربح فاذا حكمت له بالقيمة فقد مضى له بحصته من الربح ولو اشترى المودع بالوديعة جارية فحملت منه فلا اتباع عليه فى يسر ولا عسر والفرق بين الوديعة و بين القراض والبضاعة ان الوديعة لم توضع عنده للتنمية فيكون قصدا الى ابطال غرض صاحبها منها وانما جعلت عنده للحفظ ونسبها الايسار فى حفظها

﴿التعدى فى القراض﴾ * قال يحيى قال مالك فى رجل دفع الى رجل مالا قراضا فعمل فيه فربح ثم اشترى من ربح المال أو من جملته جارية فوطئها فحملت ثم نقص المال قال مالك ان كان له مال أخذت قيمة الجارية من ماله فيجبر به المال فان كان فضل بعد وفاء المال فهو بينهما على القراض الأول وان لم يكن له وفاء بيعت الجارية حتى يجبر المال من ثمنها

على قول مالك لان للمودع أن يتسلفها والوديعة والقراض انما دفعا اليه للتنمية فاذا تسلفها فقد قصد الى ابطال غرض صاحب المال منها فلم يكن له ذلك يبين ذلك أنه لو ابتاع بمال القراض أو البضاعة ثوبا لنفسه لم يكن أحق به من رب المال ولو ابتاع بالوديعة ثوبا لنفسه كان أحق به من رب المال والله أعلم (مسئلة) فان وطئ العامل جارية من مال القراض فلم تحمل أو تسلف من مال القراض فاشترى جارية فوطئها فلم تحمل فان كانت عينا فرب المال مخير بين أن يضمنه قيمتها وبين أن يتركه قاله مالك فى الذى تسلف من مال القراض فاشترى به جارية ومعنى ذلك انه يضمنه قيمتها يوم الوطء أو يلزمه اياها بالثمن ووجه ذلك أن صاحب المال لو أدركها قبل الوطء لكان له ردها الى مال القراض فلما فاتت بالوطء لم يكن له ذلك وكان له أن يلزمه القيمة يوم الفوت أو يسوغ الاستسلاف فيطالبه بالثمن فان كان معسرا فالذى روى ابن القاسم عن مالك انها تباع فيما لزمه من القيمة ووجه ذلك انه قد فات استرجاعها الى مال القراض بالوطء لما له فى ذلك من الشبهة التى أسقطت الحد لما فى ذلك من اعارة الفروج ولم يفت بيعها عليه فلصاحب المال أن يبيعها عليه فيما لزمه من القيمة أو يؤخر ذلك عليه أو يطالبه بالثمن عاجلا يبيعها به أو مؤجلا يتبعه به وهذا حكم البضاعة اذا ابتاع بها فوطئها فانه يفوت بالوطء ردها الى البضاعة وبالله التوفيق ص ﴿ قال مالك فى رجل دفع الى رجل مالا قراضا فتعدى فاشترى به سلعة وزاد فى ثمنها من عنده قال مالك صاحب المال بالخيار ان بيعت السلعة بربح أو وضيعة أو لم تبع ان شاء أن يأخذ السلعة أخذها وقضاه ما أسلفه فيها وان أبى كان المقارض شريكا له بحصته من الثمن فى النماء أو النقصان بحساب ما زاد العامل فيها من عنده ﴾ ش قوله اذا تعدى فاشترى به سلعة وزاد فى ثمنها يقتضى انه فعل ما لا يجوز فعله والشراء بأكثر من رأس مال القراض يقع على أربعة أوجه منها ما هو نقد ومنها ما ليس بنقد أحدها أن يكون بيده مال لنفسه أو لغيره وغير صاحب مال القراض فيريد أن يشرك بين المالين فهذا ليس بتعدفيه وهو جائز له بغير اذن رب المال ولا اشتراط حين عقد القراض فان شرط ذلك حين عقد القراض فاختلف أصحابنا فيه ففى المدونة عن ابن القاسم المنع منه وروى ابن حبيب عن مطرف وابن القاسم اجازته اذا شرط رب المال على العامل قاله مالك وقال أشهب ما لم يقصد فيه استقرار الربح لقلة مال القراض وكثرة المال الآخر وجه ما فى المدونة ما احتج به ابن القاسم من ان رب المال يشترط فى ذلك استقرار الربح بمال العامل والانتفاع به لان التجارة بكثرة المال أشد تأتيا والارباح أغزر وأمكن واذا منع من ذلك صاحب المال وجب أن يكون يمنع العقد وجوده فيه ووجه الرواية الثانية ان اشتراط رب المال له لا تهمة فيه لانه لا يأخذ الارباح ماله ﴿قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه والذى عندى ان اشتراط رب المال لا تهمة فيه لانه لا يأخذ الارباح ماله النقد من اشتراط العامل له فعله بغير شرط فلم يؤثر اشتراطه غير ما يقتضيه العقد (فرع) فان قلنا بالمنع من ذلك وشرط ذلك لرب المال فهل يفسخ أم لا قال أصبغ فمن أخذ قراضا يشترط أن يخلطه بماله أو على ان شاء خلطه بغير شرط الاول أشد فان فعلا لم يفسخ به القراض فى الوجهين وليس بحرام (مسئلة) والوجه الثانى أن يسلفه صاحب المال ما يزيده فى ثمن السلعة فهذا هو متعد فيه وقال مالك ان رب المال بالخيار بيعت السلعة بربح أو وضيعة أو لم تبع بين أن يأخذ السلعة ويقتضى ما أسلفه فيها وبين أن يكون المقارض شريكا له بحصته من الثمن فى النماء والنقصان بحسب ما زاد العامل فيها من عند نفسه وقال ابن القاسم فى المدونة ان كان ما أسلفه العامل رب المال صبغ به الثياب أو قصرها فان رب المال مخير

﴿ قال مالك فى رجل دفع الى رجل مالا قراضا فتعدى فاشترى به سلعة وزاد فى ثمنها من عنده قال مالك صاحب المال بالخيار ان بيعت السلعة بربح أو وضيعة أو لم تبع ان شاء أن يأخذ السلعة أخذها وقضاه ما أسلفه فيها وان أبى كان المقارض شريكا له بحصته من الثمن فى النماء والنقصان بحسب ما زاد العامل فيها من عنده

بين أن يدفع اليه ما أقرضه فيكون على القراض أو يكون شريكاله بما أدى ويكون الربح والخسارة بينهما على ذلك وقال غير ابن القاسم رب المال مخير بين أن يدفع اليه ما أدى فيكون رب المال شريكا به لمال القراض فان كان نماء أو نقص قصر على قيمة الصبغ ورأس المال أو يكون للعامل فيه أجرة المثل وبين أن يضمنه الثياب التي طرزها وقصرها بماله وبين أن يكون العامل شريكاله بقيمة الصبغ من قيمة الثياب وجه قول ابن القاسم ان العامل لما صرف ما صبغ به وقصر في مال القراض كان الظاهر انه انما أسلفه رب المال ليلحقه بالقراض فان رضي ذلك رب المال كان من جملة القراض وان رد ذلك عليه كان العامل شريكاله لانه انما أنفقه وصرفه على وجه التجارة وطلب الربح فيه وليس له أن يضمنه الثياب لانه لم يتعد فيها بل عمل فيها ما كان له أن يعمل ووجه قول الغير ان العامل اذا أسلف رب المال وقبض صاحب المال السلف كان بمنزلة أن يكون رب المال دفع ذلك المال الذي طرز به وصبغ من عنده ولو فعل ذلك لكان شريكا به لمال القراض لانه لم يأذن له في ان يلحقه بالقراض وانما يكون للعامل في ذلك أجر مثله وان أبى رب المال من قبول السلف جازله أن يضمنه الثياب لانه قد تعدى بخلط ماله بمال القراض بعد الشراء به في وقت لا يجوز له خلط ماله به (مسئلة) فان كان ما أسلفه اكترى به على مال القراض فان العامل لا يكون به شريكا وان ذلك له دين في مال القراض فان لم يبق من مال القراض شئ فلا شئ له ووجه ذلك ما احتج به ابن القاسم ان الصبغ يحسب في رأس المال وله حظ من الربح لمن باع مرابحة والكراء لا يحسب له ربح لانه غير سلعة قائمة في البز وانما يكون شريكا بالسلعة القائمة (فرع) فاذا أضاف الى مال القراض ما يكون به شريكا كالصبغ والقصارة فذهب المال الى قدر ما أضاف اليه فانه لا يكون له منه الا بقدر حصته وان كان ما أضافه اليه لا يكون به شريكا كالكراء فتلف المال الا بقدر الكراء فانه أحق به قاله ابن المواز ووجه ذلك ان ثمن الصبغ والقصارة هو به شريك والكراء سلف * قال القاضي أبو الوليد وعندي ان له أخذه من مال القراض لانه قضى عنه ما لزمه كمن قضى عن غيره بغير أمره فيكون له ذلك في مال القراض (مسئلة) والوجه الثالث أن يقرض مال القراض والوجه الرابع أن ينفق ولم يقصد شيأ من ذلك ص * قال يحيى قال مالك في رجل أخذ من رجل مالا قراضا ثم دفعه الى رجل آخر فعمل فيه قراضا بغير اذن صاحبه انه ضامن للمال ان نقص فعليه النقصان وان ربح فلصاحب المال شرطه من الربح ثم يكون للذي عمل شرطه بما بقي من المال * ش وهذا كما قال ان من دفع الى رجل مالا قراضا ثم دفعه العامل الى رجل آخر فعمل فيه على القراض دون اذن صاحب المال فانه لا يجوز أن يدفعه اليه وهو على حاله لم ينقص ولم يزد أو يدفعه اليه وقد دخله زيادة أو نقص فان دفعه اليه وهو على حاله فدخله نقص بيد الثاني فالأول ضامن لانه متعد في دفع المال الى غيره فلزمه الضمان بذلك التعدي (مسئلة) فان كان ماله غير ما كان عليه فلا يخلو أن يكون دخله زيادة أو نقص فان دخلته زيادة وكان أعطاه على مثل ما أخذه عليه من القراض فان صاحب المال يقاسم العامل الثاني على حسب ما كان يقاسم عليه الأول ثم يأخذ العامل الأول من الثاني ما كان يأخذه من المال لو قاسم صاحبه يوم دفعه الى الثاني ويكون رأس المال عند الثاني ما دفعه اليه الأول من المال وربحه ويكون للعامل الأول نصيبه من الربح الذي ظهر عنده وأسلمه الى العامل الثاني (مسئلة) ولو دخل المال نقص بيد العامل الأول ثم أخذه الثاني على مثل ذلك الربح فربح فعند ابن القاسم ان رأس المال بيد الثاني ما كان رأس المال

* قال يحيى قال مالك في رجل أخذه من رجل مالا قراضا ثم دفعه الى رجل آخر فعمل فيه قراضا بغير اذن صاحبه انه ضامن للمال ان نقص فعليه النقصان وان ربح فلصاحب المال شرطه من الربح ثم يكون للذي عمل شرطه بما بقي من المال

عندالأول وعند الغير ان رأس المال هو ماصار الى العامل الثانى من المال وذلك مثل أن يكون رأس المال ثمانين فيضيع منه عند العامل الأول أربعون ويدفع الى العامل الثانى أربعين فصارت بعمل الثانى مائة فقد قال ابن القاسم فى المدونة ان صاحب المال يأخذ رأس ماله ثمانين ونصف مابقى باسم الربح وذلك عشرة ويأخذ العامل الثانى العشرة الباقية ويرجع على العامل الاول ببقية ماله من الربح لان الربح فى حقه ستون له منها النصف وذلك ثلاثون قال سحنون وقال غيره بل رأس المال مابيد العامل وذلك أربعون ثم يأخذ نصف الربح وذلك ثلاثون ثم يرجع صاحب المال على العامل الاول وان كان أتلف الاربعين بعد أخذها منه فيكمل له مائة وعشرة وان كانت تلفت بغير نقد رجع عليه بعشرين وقد أخذ سبعين فيكمل عنده رأس ماله وربحه تسعين ووجه قول ابن القاسم ان أصل المال وربحه على ملك صاحب المال فهو أحق به من العامل حتى يستوفى رأس ماله وربحه على ماأعطاه عليه ويد العامل ليست بيد تملك ولا مسلم اليها بحق بل انما صار اليه المال بالتعدى وهو مقر بأصل المال وان كان أتلف الأربعين منه وربحه لصاحبه وهذا هو الظاهر من قول مالك فى الاصل ان لصاحب المال شرطه من الربح ثم يكون للذى عمل شرطه مما بقى من المال فجعل صاحب المال مقدما بأخذ ماله بأصل عقد القراض وماشرطه فيه ثم يأخذ بعده العامل الثانى لأن ثم للترتيب والله أعلم ووجه قول الغير ان المال بيد العامل الثانى على وجه القراض فكان أحق بما يدعيه من ربحه كما لو اختلف العامل وصاحب المال فى الربح فان القول قول العامل والله أعلم (مسئلة) فان أخذ المال العامل الثانى على غير الجزء الذى أخذه عليه العامل الاول وذلك مثل أن يأخذه الاول على النصف فيدفعه الى الثانى على الثلثين ففى المدونة قال ابن القاسم هو ضامن عند مالك فان ربح الثانى فرب المال أولى بثلثى الربح بجميع نصف الربح وللعامل الثانى النصف ثم يرجع على العامل الاول بالسدس الذى بقى له ويجىء على قول الغير ان العامل الثانى أولى بثلثى الربح ثم يرجع صاحب المال على العامل الاول بتمام مايجب له من الربح والله أعلم

(فصل) وقوله ان ربح فلصاحب المال شرطه من الربح يريد انه أولى به من العاملين على ماتقدم وقوله ثم يكون للذى عمل شرطه مما بقى من المال يريد انه انما يأخذ بعد استيفاء صاحب المال ماشرطه فيأخذ هذا ماشرط أيضا من باقى المال وذلك يكون على وجهين أحدهما أن يكون فى المال ربح من تجارته فيأخذه وهذا انما يكون اذا قبض الثانى رأس المال كاملا فتكون من فى قوله مما بقى زائدة والوجه الثانى أن يكون أخذه وفيه نماء وتجارة الاول فيأخذ الثانى ماله من الربح الذى ربحه من جملة الربح الذى له وللعامل الاول فتكون من فى قوله مما بقى للتبعيض وأما لو أخذه الثانى من الاول وقد نقص عن رأس المال لما كان فيما بقى ماتستوفى منه حصته من الربح ويرجع بما بقى من حصته على العامل الاول وبالله التوفيق ص ﴿ قال مالك فى رجل تعدى فتسلف مما بيده من القراض مالا فابتاع به سلعة لنفسه * قال مالك ان ربح فالربح على شرطهما فى القراض وان نقص فهو ضامن للنقصان * قال مالك فى رجل دفع الى رجل مالا قراضا فاستسلف منه المدفوع اليه المال مالا واشترى به سلعة لنفسه ان صاحب المال بالخيار ان شاء أشركه فى السلعة على قراضها وان شاء خلى بينه وبينها وأخذ منه رأس المال كله وكذلك يفعل بكل من تعدى ﴾ ش وهذا كما قال ان من أخذ مالا على وجه القراض فتعدى ماأمر به واستسلف لينفرد بربحه فان ذلك لايخلو من أن يظهر عليه قبل أن يبيع ما اشتراه به أو بعد ذلك فان كان قبل أن يبيعه فان الذى دفعه اليه بالخيار بين أن يرده الى

* قال مالك فى رجل
تعدى فتسلف مما بيده
من القراض مالا فابتاع به
سلعة لنفسه * قال مالك
ان ربح فالربح على شرطهما
فى القراض وان نقص
فهو ضامن للنقصان * قال
مالك فى رجل دفع الى
رجل مالا قراضا فاستسلف
منه المدفوع اليه المال مالا
واشترى به سلعة لنفسه
ان صاحب المال بالخيار
ان شاء أشركه فى السلعة
على قراضها وان شاء خلى
بينه وبينها وأخذ منه رأس
المال كله وكذلك يفعل بكل
من تعدى

القراض الذي عقداه بينهما أو يسلمه اليه ويضمنه رأس المال وان علم بذلك بعد البيع فان كان ربح فهو بينهما على ماشرطاه من القراض وان كان فيه نقص ضمنه العامل للتعدي ووجه ذلك أن من أخذ مالا على وجه التنمية فليس له أن يصرفه عن ذلك الوجه الى ماينفرد بمنفعته لان ذلك تصرف في مال الغير بغير اذنه ولا وجه نظر له فان فعل فهو متعد يكون الدافع بالخيار بين أن يصرفه الى ذلك الوجه الذي دفعه عليه وبين أن يمضي له تعديه ويضمنه المال وكذلك المبضع معه

(فصل) وقوله في الذي اشترى السلعة لنفسه ان صاحب المال بالخيار ان شاء تركه وان شاء خلى بينه وبينها وهذا كما قال ان من دفع اليه مال على وجه القراض فتعدى ما أمر به فاستسلفه واشترى به سلعة ينفرد بها فان لصاحب المال أن يتركه في السلعة ومعنى ذلك أن يردها الى مال القراض فيكون ربحها بينهما على حكم ماعقدا عليه القراض وانما أطلق لفظ الشركة لان الغالب من صاحب المال أنه لا يرغب في السلعة الا اذا كان فيها ربح وبذلك يكون العامل فيها شريك

(فصل) وقوله وان شاء خلى بينه وبينها وأخذ منه رأس ماله يريد انه يلزمه اياها ويضمنه ثمنها وهو رأس ماله فيها ويكون أخذه منه بأن يجعله مع مال القراض ويكون بأن ينزع منه مال القراض ان كانت السلعة جميع مال القراض لانه اذا أغرمه الثمن صار عينا فكان له أخذ ماله منه ولو كان معظم مال القراض عروضا لم يكن له أخذ ذلك منه حتى يتم عمله فيه

﴿ مايجوز من النفقة في القراض ﴾

ص ﴿ قال يحيي قال مالك في رجل دفع الى رجل مالا قراضا انه اذا كان المال كثيرا يحمل النفقة فاذا شخص فيه العامل فان له أن يأكل منه ويكتسي بالمعروف من قدر المال ويستأجر من المال اذا كان كثيرا لا يقوى عليه بعض من يكفيه بعض مؤنته ومن الأعمال أعمال لا يعملها الذي يأخذ المال وليس مثله يعملها من ذلك تقاضي الدين ونقل المتاع وشده وأشباه ذلك فله أن يستأجر من المال من يكفيه ذلك وليس للقارض أن يستنفق من المال ولا يكتسي منه ما كان مقيما في أهله انما يجوز له النفقة اذا شخص في المال وكان المال يحمل النفقة فان كان انما يتجر في المال في البلد الذي هو به مقيم فلا نفقة له من المال ولا كسوة ﴾ ش وهذا كما قال ان من دفع الى رجل مالا على وجه القراض فلا يخلو أن يكون كثيرا أو قليلا فان كان كثيرا وكان يعمل به في الحضر فلا يخلو أن يكون في موضع استيطان العامل أو في غير موضع الاستيطان فان كان في موضع استيطانه فلا نفقة له فيه ولا كسوة ولا مؤنة لان مقامه ليس بسبب المال وانما هو لموضع استيطانه فكانت نفقته عليه وان كان في غير موضع استيطانه وانما يقيم به للعمل بالمال فان له فيه النفقة والكسوة والمؤنة لان المال شغله عن الرجوع الى وطنه فأوجب مقامه في غير بلده قاله ابن القاسم (مسئلة) فان كان له أهل بذلك البلد وأهل ببلد آخر مستوطنا الجهتين فلا نفقة له ما أقام بالمال في أحد البلدين لان مقامه بموضع استيطانه وذلك يمنع أن تكون نفقته في مال القراض وروى ابن البرقي عن أشهب في الذي له أهل ببلد صاحب المال وأهل حيث يسافر اليه وان له النفقة في ذهابه ورجوعه ولا نفقة له في مقامه في أحد الموضعين ووجه ذلك أن مسافر السفر ليست بموضع استيطان له فكانت له فيها النفقة

(مسئلة) وان كانت تجارته في السفر فلا يخلو أن يكون السفر من أسفار القرب كالحج والغزو أو من غير أسفار القرب فان كان من أسفار القرب فالذي عليه جمهور أصحابنا انه لا نفقة له في مال

﴿ مايجوز من النفقة في القراض ﴾
﴿ قال يحيي قال مالك في رجل دفع الى رجل مالا قراضا انه اذا كان المال كثيرا يحمل النفقة فاذا شخص فيه العامل فان له أن يأكل منه ويكتسي بالمعروف من قدر المال ويستأجر من المال اذا كان كثيرا لا يقوى عليه بعض من يكفيه بعض مؤنته ومن الأعمال أعمال لا يعملها الذي يأخذ المال وليس مثله يعملها من ذلك تقاضي الدين ونقل المتاع وشده وأشباه ذلك فله أن يستأجر من المال من يكفيه ذلك وليس للقارض أن يستنفق من المال ولا يكتسي منه ما كان مقيما في أهله انما يجوز له النفقة اذا شخص في المال وكان المال يحمل النفقة فان كان انما يتجر في المال في البلد الذي هو به يقيم فلا نفقة له من المال ولا كسوة

القراض ذاهبا ولا راجعا وان كان مقصوده التجارة وقال ابن المواز له النفقة فيه ذاهبا وراجعا وجه قول مالك والجماعة أن هذه مسافة تقطع على وجه البر والقربة فيجب أن يخلص لذلك وان كان القصد والغرض فيه لم يجز أن تكون نفقته فى مال القراض لان السفر لسبب غير ه فانه لا تجب النفقة فيه وان كان الخروج له كالسفر الى موضع الاستيطان ووجه ماقاله ابن المواز قوله تعالى ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم قال أهل التفسير معناه التجارة فى الحج ومن جهة المعنى أن هذا سفر مقصده بمال القراض الى موضع غير استيطان فكانت نفقته فى كثيره كما لو أراد سفرا مع السفر للقراض (مسئلة) فان لم يكن السفر من أسفار القربة الا أنه أراد حاجة من تجارة أو غيرها فى بلد فلما تجهز أعطاه رجل مالا قراضا فأراد أن يسافر معه فهل له نفقة فى مال القراض أولا روى ابن القاسم عن مالك له نفقته فى مال القراض وروى ابن عبد الحكم لا نفقة له فيه واختاره ابن المواز وجه رواية ابن القاسم ان هذا مال حصلت تنميته بسفر عرا عن القربة والتوجه الى الوطن فكانت نفقة العامل فيه كما لو سافر الى أهله (فرع) فاذا قلنا برواية ابن عبد الحكم ان سفره لم يكن بسبب هذا المال فلم تكن نفقة العامل فيه كما لو سافر الى أهله (فرع) فاذا قلنا برواية ابن القاسم فكيف تكون له النفقة ينظر فان كان أراد الخروج بمال للتجارة له أو لغيره فان نفقته تفض على المالين جميعا وان أراد الخروج لحاجة نظر الى قدر نفقته فى طريقه فان كانت مائة وكان مال القراض تسعمائة فان على مال القراض من نفقته تسعة أعشارها وعليه عشرها (مسئلة) وان سافر بمال القراض الى بلد هو به مستوطن فلا نفقة له فى الذهاب وله النفقة فى الاياب ووجه ذلك ان غرضه فى الذهاب الى أهله منعه النفقة من مال القراض ولا غرض له فى رجوعه الا تنمية المال فكانت نفقته فيه وليس كذلك السفر الى الغزو فان غرضه فى الذهاب الغزو وغرضه فى الرجوع الخروج من بلد الكفر فمنع ذلك النفقة وقد روى ابن البرقى عن أشهب فيمن كان له أهل ببلد صاحب المال وأهل حيث يسافران له النفقة فى ذهابه ورجوعه ولا نفقة له فى مقامه فى الموضعين والذى قاله مالك لا نفقة له فى الذهاب ولا الاياب ووجه قول أشهب قد تقدم (مسئلة) ولا يخلو أن يكون السفر بعيدا أو قريبا فان كان السفر بالمال قريبا مثل دمياط فى مثل من يخرج لشراء صوف أو سمن الا أن يكون ممن يريد المقام لشراء الحبوب وغيرها الشهرين والثلاثة فان ذلك سفر وان قرب المكان فانه يأكل ويكتسى فروى عيسى عن ابن القاسم انه يأكل ولا يكتسى ورواه ابن حبيب عن مالك وقد يكترى منه مركوبا ووجه ذلك أن النفقات التى تختص لقريب المدة يلزم هذا السفر لقربه كالاكل والركوب فان هذه المعانى يحتاج اليها فى قريب السفر لقصر مدته لأنه لا يشترى كسوة ليوم ولا ليومين (مسئلة) وان كان السفر بعيدا فللعامل فى مال القراض مؤنته المعتادة من نفقته وكسوته وكراء مسكن ودخول حمام وحجامة وحلق رأس وغسل ثوب وغير ذلك من الامور المعتادة التى لا ينفك عنها الانسان رواه أشهب عن مالك فى الحجامة والحمام وقال أبو حنيفة ليس له أن ينفق فى حجامة وحمام والدليل على صحة ما نقوله ان هذا مما لا ينفك عنه مسافر فى حضر فكان ذلك من مال القراض أصله ما يأكل ويكتسى به وأما الدواء فليس فى مال القراض لأنه من الامور التى لا تستعمل على معتاد العادة وانما تستعمل على وجه الضرورة والحاجة التى ليست بمعتادة (مسئلة) ونفقته فى ذلك على قدر حاله وحال المال لأن هذه نفقة يعتبر فيها كثرة المال وقلته فوجب أن يعتبر فيها حال من ينفق

عليه كنفقة الزوجات وأما الكسوة فان الذى يلزم مال القراض من كسوة العامل كسوة مثله فى مقامه وسفره وقال القاضى أبو محمد ان الذى له من الكسوة التى لولا الخروج بالمال لم يحتج اليها والاول أصح لأن ما قاله يبطل بالنفقة للأكل والشرب لأن هذا مما لا يدخله عليه السفر بالمال ومع ذلك فانه يجب له فى المال (فرع) وكم مبلغ المال الكثير روى ابن المواز عن مالك فى القراض والبضاعة خمسين دينارا أو أربعين ان نفقة العامل والمبضع معه وكسوتهما فى بعيد السفر وفى السفر القريب نفقته دون كسوته (مسئلة) فان كان المال يسيرا لا يحمل مؤنة العامل فيه فقد قال مالك ليس للعامل فيه نفقة ولا كسوة فى بعيد السفر ولا قريبه ووجه ذلك أن المال اليسير لا يحتمل النفقة ولا يقصد بسببه السفر (مسئلة) فان شرط رب المال على العامل أن لا ينفق من المال الذى يحتمل النفقة فى سفر بعيد ففى كتاب محمد عن مالك لا يجوز قال ابن القاسم فان وقع فهو أجير ووجه ذلك أن صاحب المال اشترط زيادة لا يقتضيها مطلق عقد القراض فوجب أن يفسد القراض كما لو اشترط فى ذلك المقدار من الربح لنفسه خالصا

(فصل) وقوله ويستأجر من المال اذا كان كثيرا لا يقوى عليه بعض من يكفيه بعض مؤنته يريد اذا كان المال كثيرا جاز له أن يستأجر منه من يعينه على حفظه والقيام به لأن هذا سنة هذا المال فى القراض والله أعلم

(فصل) وقوله ومن الاعمال أعمال لا يعملها الذى يأخذ المال وليس مثله يعملها يريد ان بعض الاعمال لا يعملها المقارض من القصارة والصبغ والخياطة وانما جرت العادة أن يعملها الصناع ومنها مالا يعملها مثل المقارض وان كانت مما يمكن أكثر الناس عملها كالشد والطى والنقل فمثل هذا يحكم فيه بالمعتاد المعروف وقد يكون من العامل من له الحال والمعروف والتصاون فيحمل على عادته

(فصل) وقوله وتقاضى الدين يريد حقه والمطالبة به وأما قبضه فهو مما يختص به العامل ويحتمل أن يريد به قبض الاجير المأمون الدراهم اليسيرة فيأتيه بها وما أشبه ذلك والله أعلم ص ﴿ قال مالك فى رجل دفع الى رجل مالا قراضا فخرج به وبمال نفسه قال يجعل النفقة من القراض ومن ماله على قدر حصص المال ﴾ ش وهذا كما قال اذا سافر العامل بمال القراض وبمال آخر وأنشأ السفر لهما فان نفقته ومؤنته مقسطة عليهما لأن سفره كان بسببهما وقد اختلف أصحابنا فى مطلق عقد القراض هل يقتضى السفر بالمال فالمشهور من مذهب مالك ان ذلك مباح للعامل بمطلق العقد وبه قال الشافعى وهى رواية عن أبى حنيفة وقال ابن حبيب ليس له ذلك الا باذن رب المال وقد روى ذلك عن أبى حنيفة ووجه القول الاول أن اسم العقد مأخوذ منه لأن المضاربة مأخوذة من الضرب فى الارض قال الله تعالى وآخرون يضربون فى الارض يبتغون من فضل الله فاذا كان معنى المضاربة السفر فمحال أن ينافيه مطلق عقد المضاربة ومن جهة المعنى أن هذا وجه مقصود من وجوه التنمية أصل ذلك سائر أنواع التجارة ووجه القول الثانى ان هذا مأذون له فى الشراء بعقد جائز فلم يكن له السفر بمطلق العقد كالوكيل على الشراء (فرع) فاذا قلنا بالقول الاول فهل يختص ذلك بقدر من المال المشهور من مذهب مالك أن ذلك سواء فى قليل المال وكثيره وقال سحنون أما المال اليسير فليس له أن يسافر به سفرا بعيدا الا باذن ربه وجه ذلك أن المال اليسير لا يحتمل الانفاق منه فى السفر فلم يقتض سفرا ينفق العامل فيه من مال القراض والله أعلم

* قال مالك فى رجل دفع الى رجل مالا قراضا فخرج به وبمال نفسه قال يجعل النفقة من القراض ومن ماله على قدر حصص المال

فأرجو أن يكون ذلك واسعا اذا لم يتعمد أن يتفضل عليهم فان تعمد ذلك أوما يشبه بغيراذن صاحب المال فعليه أن يتحلل ذلك من رب المال فان حلله ذلك فلابأس به وان أبى أن يحلله فعليه أن يكافئه بمثل ذلك ان كان ذلك شيأ له مكافأة

﴿ الدين فى القراض ﴾

* قال يحيي قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا فى رجل دفع الى رجل مالا قراضا فاشترى به سلعة ثم باع السلعة بدين فربح فى المال ثم هلك الذى أخذ المال قبل أن يقبض المال قال ان أراد ورثته أن يقبضوا ذلك المال وهم على شرط أبيهم من الربح فذلك لهم اذا كانوا أمناء على ذلك المال وان كرهوا أن يقتضوه وخلوا بين صاحب المال وبينه لم يكلفوا أن يقتضوه ولاشئ عليهم ولا شئ لهم اذا أسلموه الى رب المال فان اقتضوه فلهم فيه من الشرط والنفقة مثل ما كان لأبيهم فى ذلك هم فيه بمنزلة أبيهم فان لم يكونوا أمناء على ذلك فان لهم أن يأتوا بأمين ثقة فيقتضى ذلك المال فاذا اقتضى جميع المال وجميع الربح كانوا فى ذلك بمنزلة أبيهم

﴿ مالايجوز من النفقة فى القراض ﴾

ص ﴿ قال يحيي قال مالك فى رجل معه مال قراض فهو يستنفق منه ويكتسي انه لايهب منه شيأ ولايعطى منه سائلا ولاغيره ولا يكافئ فيه أحدا فأما ان اجتمع هو وقوم فجاؤا بطعام وجاء هو بطعام فأرجو أن يكون ذلك واسعا اذا لم يتعمد أن يتفضل عليهم فان تعمد ذلك أومايشبهه بغير اذن صاحب المال فعليه أن يتحلل ذلك من رب المال فان حلله ذلك فلا بأس به وان أبى أن يحلله فعليه أن يكافئه بمثل ذلك ان كان ذلك شيأ له مكافأة ﴾ ش وهذا كما قال ان من كانت نفقته وكسوته فى مال القراض فليس له أن يتعدى ذلك الى الهبة منه والتفضل على الناس وأما قوله ولايعطى منه سائلا ولاغيره فيحتمل أن يريد بذلك انه لايعطى منه من سأل الدراهم والثياب وأما أن يعطى منه الكسوة والقطعة للسائل الراضى بالدون المتكفف للناس فلابأس بذلك

(فصل) وقوله فأما ان اجتمع هو وقوم فجاؤا بطعام وجاء هو بطعام فأرجو أن يكون ذلك واسعا اذا لم يتعمد أن يتفضل عليهم يريد أن يفعل هو وأصحابه ورفقاؤه وما جرت به عادة الرفقاء أن يتخارجوه فى النفقات فيخرج كل انسان منهم بقدر مايتعاونون فيه ثم ينفقون منه فى طعامهم وغير ذلك مما تشملهم الحاجة اليه فان ذلك جائز وان كان منهم من يأكل فى بعض الأوقات أكثر من صاحبه ومن يصوم فى يوم دون رفقائه لان ذلك مما تدعو الحاجة اليه فى السفر لان انفراد كل انسان منهم بتولى طعامه يشق عليه ويشغله عما هو بسببه من أمر سفره فاذا ترافق جماعة تولى كل انسان منهم من العمل لنفسه ولأصحابه مايرتفق به الجماعة وعلى ذلك كان الصحابة وعمل المسلمين الى هلم جرا لايعد ذلك تفضلا من بعضهم على بعض وكذلك ان مايرتفق به الجماعة جاء كل واحد منهم بطعام فأكلوا جميعا فى سفرهم وان كان بعض ذلك أكثر من بعض ولايعد ذلك تفضلا من العامل اذا كان من الأمر المعروف وانما يكون تفضلا اذا أتى بأمر يستنكر من ذلك ويخرج عن العادة فهذا لايجوز للعامل فعله لانه ليس فيه تنمية لمال التجارة فان فعل شيأ من ذلك وجب عليه أن يتحلل من صاحب المال اما بأن يجعله فى حل ويمضى فعله واما أن يحتسب بقدر التفضل على نفسه

﴿ الدين فى القراض ﴾

ص ﴿ قال يحيي قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا فى رجل دفع الى رجل مالا قراضا فاشترى به سلعة ثم باع السلعة بدين فربح فى المال ثم هلك الذى أخذ المال قبل أن يقبض المال قال ان أراد ورثته أن يقبضوا ذلك المال وهم على شرط أبيهم من الربح فذلك لهم اذا كانوا أمناء على ذلك المال وان كرهوا أن يقتضوه وخلوا بين صاحب المال وبينه لم يكلفوا أن يقتضوه ولاشئ عليهم ولاشئ لهم اذا أسلموه الى رب المال فان اقتضوه فلهم فيه من الشرط والنفقة مثل ما كان لأبيهم فى ذلك هم فيه بمنزلة أبيهم فان لم يكونوا أمناء على ذلك فان لهم أن يأتوا بأمين ثقة فيقتضى ذلك المال فاذا اقتضى جميع المال وجميع الربح كانوا فى ذلك بمنزلة أبيهم ﴾ ش وهذا كما قال ان العامل اذا توفى بعد أن يشغل مال القراض فان حق عمله فيه يكون لورثته فليس لرب المال أن ينتزعه من ورثته بعد

ذلك لان ذلك حق لهم فى المال انتقل اليهم عن موروثهم (مسئلة) وشغل المال أن يشترى بجميعه أو بالأكثر منه فليس لصاحب المال بعد ذلك أن يأخذه من ورثته ان أرادوا العمل فيه الا بعد أن يعملوا فيه بمقدار ما كان لموروثهم لانهم قد حلوا محله (مسئلة) فأما اذا اشترى به زاده وكسوته أو اكترى راحلة ليسافر ثم توفى قبل أن يسافر فان لرب المال أن يأخذ ماله ويأخذ ما ابتاع من نفقة وكسوة ولا رجوع له فى مال الميت ان دخل ذلك نقص عما ابتاعه به وليس للورثة أن يقولوا لا بد أن نعمل فيه لان موروثهم لو كان حيا لم يكن له ذلك لان حقه لم يتعلق بعد به (مسئلة) وأما ان سافر به ولم يبتع به شيأ فروى ابن المواز لرب المال ان مات وقد سافر العامل بالمال فليس للوارث انتزاعه منه وان التزم نفقته وروى أبو زيد عن ابن القاسم فى العتبية ان العامل اذا أشخص بالمال ثم أخذه منه صاحب المال ان نفقته فى الرجوع على رب المال فعلى رواية محمد ان السفر عمل فى مال القراض وعلى رواية أبى زيد ليس ذلك بعمل وجه القول الأول ان التجارة عمل مقصود وتصرف معتاد للتجارة فمنع أخذ مال القراض كالشراء والبيع ووجه القول الثانى ان المال باق على حاله لم يتغير فكان لرب المال أخذه أصله اذا لم يسافر

(فصل) وقوله فاذا اشترى سلعا فباعها بربح يريد ان صاحب المال أذن له فى البيع بالدين لان صاحب المال يجوز له أن يأذن فى أن يبيع بالدين والعرض ولا يجوز أن يأذن له أن يبتاع بدين عليه ووجه ذلك انه اذا باع بدين لم تخرج تجارته عن مال القراض واذا اشترى بدين خرج عمله عن مال القراض فيعود ذلك بالجهل برأس مال القراض بزيادة يزدادها على العامل (مسئلة) وليس للعامل أن يبيع بنسيئة الا باذن رب المال خلافا لأبى حنيفة فى قوله ذلك بمطلق العقد ودليلنا على صحة ما نقوله ان هذا عقد يقتضى الأمر بالبيع والشراء فلم يقتض مطلقه الأجل كالوكالة على البيع والشراء (مسئلة) فان شرط البيع بالنسيئة فهو على ضربين أحدهما أن يشترط على العامل وذلك غير جائز لانها زيادة عمل على العامل اشترطه رب المال والثانى أن يأذن له فيه فان ذلك جائز فان باع به ثم فسخا القراض كان على العامل قبض الديون كان فى المال ربح أو خسارة وبه قال الشافعى قال أبو حنيفة ان كان فى المال ربح لزمه قبض الديون فان لم يكن فى المال ربح لم يلزمه ذلك والدليل على ما نقوله ان هذا دين من مال القراض فلزم العامل قبضه أصله اذا كان فى المال ربح

(فصل) وقوله ثم هلك الذى أخذ المال قبل أن يقبض المال يريد هلك العامل قبل أن يقبض ما باع بالدين فان لورثته أن يقبضوا ذلك المال ولهم فيه شرط أبيهم يريد من قدر الربح وغير ذلك من النفقة والكسوة ان وجب ذلك

(فصل) وقوله اذا كانوا أمناء على ذلك وصفة العامل الذى يرفع المال من الورثة أو من غيرهم أن يكون مأمونا على مثله عالما بالعمل فيه والحفظ له لان ذلك كله من الصفات المعتبرة فى العامل لانه ان كان مأمونا ولم يكن بصيرا بالعمل والتجارة خسر فى المال ولم ينتفع بأمانته (مسئلة) فان لم يكونوا أمناء ولم يأتوا بأمين وأراد وا ترك العمل لم يكن لهم من ربحه شئ ولا كان عليهم من خسارته قليل ولا كثير ولا كلفوا قبضه ولا صرفه عينا والفرق بينهم وبين العامل اذا شغل المال سلعا ليس له ترك المال حتى يصيره عينا ان العامل قد التزم ذلك وهؤلاء لم يلتزموا انما لهم ما ترك موروثهم من حق وليس عليهم ما ترك من عمل ودين العامل ما عليه من الحقوق كما له استيفاء ماله منها والله أعلم

* قال مالك في رجل دفع الى رجل مالا قراضا على أنه يعمل فيه فباع به من دين فهو ضامن له ان ذلك لازم له أن باع بدين فقد ضمنه

﴿ البضاعة في القراض ﴾ * قال يحيي قال مالك في رجل دفع الى رجل مالا قراضا واستسلف من صاحب المال سلفا أو استسلف منه صاحب المال سلفا أو أبضع معه صاحب المال بضاعة يبيعها له أو بدنانير يشتري له بها سلعة * قال مالك

ص ﴿ قال مالك في رجل دفع الى رجل مالا قراضا على أنه يعمل فيه فباع به من دين فهو ضامن له ان ذلك لازم له ان باع بدين فقد ضمنه ﴾ ش وهذا كما قال لانه اذا شرط عليه الا يبيع بالدين وباع به انه ضامن ان كانت فيه خسارة لانه متعد وكذلك لو اشترط عليه أن لا يبيع بالدين ولم يأذن له فيه وان كان فيه ربح فهو بينهما على شرطهما لان تعديه في بيعه بالدين لا يسقط حقه من الربح والله أعلم

﴿ البضاعة في القراض ﴾

ص ﴿ قال يحيي قال مالك في رجل دفع الى رجل مالا قراضا واستسلف من صاحب المال سلفا أو استسلف منه صاحب المال سلفا أو أبضع معه صاحب المال بضاعة يبيعها له أو بدنانير يشتري له بها سلعة * قال مالك ان كان صاحب المال أبضع معه وهو يعلم أنه لو لم يكن ماله عنده ثم سأله مثل ذلك فعله لاخاء بينهما أو ليسارة مؤنة ذلك عليه ولو أبى ذلك عليه لم ينزع ماله منه أو كان العامل انما استسلف من صاحب المال أو حمل له بضاعة وهو يعلم أنه لو لم يكن ماله عنده فعل له مثل ذلك ولو أبى ذلك عليه لم يردد عليه ماله فاذا صح ذلك منهما جميعا وكان ذلك منهما على وجه المعروف ولم يكن شرطا في أصل القراض فذلك جائز لا بأس به وان دخل ذلك شرط أو خيف أن يكون انما صنع ذلك العامل لصاحب المال ليقر ماله في يديه أو انما صنع ذلك صاحب المال لان يمسك العامل ماله ولا يرده عليه فان ذلك لا يجوز في القراض وهو مما ينهى عنه أهل العلم ﴾ ش وهذا كما قال ان من أبضع أحدهما مع صاحبه أو استسلف منه بشرط كان في أصل القراض فان ذلك غير جائز لان ذلك زيادة ازدادها في القراض ليست من الربح فلم يصح ذلك فان فعل ذلك من غير شرط ولكنه فعله بعد عقد القراض فلا يخلو أن يكون ذلك بعد العمل في المال أو قبله فان كان بعد العمل وكان ذلك لاخاء بينهما ومودة فهو جائز وان كان لابقاء القراض واستدامته فهو من باب الهدية لابقاء القراض وذلك ممنوع وان كان قبل العمل فروى عيسى عن ابن القاسم في العتبية في العامل يسافر بمال القراض فيقول لصاحبه لا أنفق من مالك انه ان كان المال عينا بعد فلا يجوز وان كان بعد الشراء أو الشخوص به فهو جائز لان المال اذا كان عينا بعد ففيه تهمة

﴿ السلف في القراض ﴾

ص ﴿ قال يحيي قال مالك في رجل أسلف رجلا مالا ثم سأله الذي تسلف المال أن يقره عنده قراضا * قال مالك لا أحب ذلك حتى يقبض ماله منه ثم يدفعه اليه قراضا ان شاء أو يمسكه * قال مالك في رجل دفع الى رجل مالا قراضا فأخبره أنه قد اجتمع عنده وسأله أن يكتبه عليه سلفا قال لا أحب ذلك حتى يقبض منه ماله ثم يسلفه اياه ان شاء أو يمسكه وانما ذلك مخافة أن يكون قد نقص فيه فهو يحب أن يؤخره عنه على أن يزيده فيه ما نقص منه فذلك مكروه ولا يجوز ولا يصلح ﴾ ش

ان كان صاحب المال أبضع معه وهو يعلم أنه لو لم يكن ماله عنده ثم سأله مثل ذلك فعله لاخاء بينهما أو ليسارة مؤنة ذلك عليه ولو أبى ذلك عليه لم ينزع ماله منه أو كان العامل انما استسلف من صاحب المال أو حمل له بضاعته وهو يعلم أنه لو لم يكن ماله عنده فعل له مثل ذلك ولو أبى ذلك عليه لم يردد عليه ماله فاذا صح ذلك منهما جميعا وكان ذلك منهما على وجه المعروف ولم يكن شرطا في أصل القراض فذلك جائز لا بأس به وان دخل ذلك شرط أو خيف أن يكون انما صنع ذلك العامل لصاحب المال ليقر ماله في يديه أو انما صنع ذلك صاحب المال لأن يمسك العامل ماله ولا يرده عليه فان ذلك لا يجوز في القراض وهو مما ينهى عنه أهل العلم

﴿ السلف في القراض ﴾

* قال يحيي قال مالك في رجل أسلف رجلا مالا ثم سأله الذي تسلف المال أن يقره عنده قراضا * قال مالك لا أحب ذلك حتى يقبض ماله منه ثم يدفعه اليه قراضا ان شاء أو يمسكه * قال مالك في رجل دفع الى رجل مالا قراضا فأخبره انه قد اجتمع عنده وسأله أن يكتبه عليه سلفا قال لا أحب ذلك حتى يقبض منه ماله ثم يسلفه اياه ان شاء أو يمسكه وانما ذلك مخافة أن يكون قد نقص فيه فهو يحب أن يؤخره عنه على أن يزيده فيه ما نقص منه فذلك مكروه ولا يجوز ولا يصلح

أما الفصل الأول فقد مضى الكلام فيه وأما الفصل الثاني فهو على ما قال انه اذا عمل العامل بالمال مدة ثم أخبر رب المال ببلغه وسأله أن يقره عنده فان ذلك لا يجوز حتى يقبضه منه قبضا ناجزا ثم ان شاء أن يرده اليه قراضا فعل لما قدمه من تجويز أن يكون قد دخله نقص فيؤخره عنه ليضمن له النقص فيه فيدخله السلف للزيادة و يدخله أيضا فسخ دين في دين لان للقراض بعض التعلق بذمته لانه لو ادعى الخسارة فيه ولم يبين وجهها فقد قال بعض أصحابنا انه يضمن ولو ادعى تبرئة لم يضمن واذا أسلفه اياه فقد تعلق بذمته على غير الوجه الذى كان متعلقا به فهو من باب فسخ الدين في الدين (مسئلة) وأما ان أحضر العامل المال فسأل صاحبه أن يخليه عنده قراضا ففي كتاب ابن المواز عن مالك لا يجوز ذلك حتى يقبضه منه ثم يسلفه ان شاء و يجيء على قول ابن حبيب ان حضور المال بمنزلة قبضه أن ذلك جائز

﴿ المحاسبة في القراض ﴾

ص ﴿ قال يحيي قال مالك في رجل دفع الى رجل مالا قراضا فعمل فيه فربح فأراد أن يأخذ حصته من الربح وصاحب المال غائب قال لا ينبغي له أن يأخذ منه شيأ الا بحضرة صاحب المال وان أخذ شيأ فهو له ضامن حتى يحسب مع المال اذا اقتسماه * قال مالك لا يجوز للمتقارضين أن يتحاسبا ويتفاصلا والمال غائب عنهما حتى يحضر المال فيستوفي صاحب المال رأس ماله ثم يقتسمان الربح على شرطهما ﴾ ش وهذا كما قال انه ليس للعامل أن يأخذ حصته من الربح الا بحضرة رب المال وحضرة المال لان أخذه حصته منه مقاسمة فيه ولا يجوز أن يتقاسما ربح القراض الا بعد أن يحصل رأس المال (مسئلة) ولو حضر المال وصاحبه فأمره أن يأخذ منه حصته من الربح ويبقى الباقي عنده على وجه القراض أو تقاسما الربح ويبقى رأس المال عنده على وجه القراض ولم يقبضه منه فقد قال ابن القاسم لا يصلح ذلك حتى يقبضه منه و وجه ذلك ان بقاء المال بيد العامل لا يكون الا على الوجه الذى قبضه عليه ولا يخرجه عن ذلك الا قبضه منه لان وجه الصحة في القراض أن يجبر رأس المال بربحه ولو أمضينا ما اتفقا عليه ما سماه من الربح على أن يجبر به رأس مال القراض ان دخله نقص وذلك غير جائز كما لو شرطاه (فرع) ولو عملا ذلك فقبض منهما شيأ من الربح ثم نقص رأس المال فانه يرد ما قبض ليجبر به رأس المال و وجه ذلك رد الربح على ما بنيا عليه عقد القراض الصحيح حين عقداه (مسئلة) ولو أخذ رب المال رأس ماله وبقي الباقي بيد العامل على القراض فروى أبو زيد عن ابن القاسم ان ذلك غير جائز وهي الآن شركة لا تصلح الا أن يعملا فيه جميعا و وجه ذلك انه اذا أخذ رأس ماله فقد بقي الباقي ملكا لهما الا انه ليس عمله عن رأس مال فهما شريكان ومقتضى الشركة عمل الشريكين (مسئلة) وصفة القسمة أن يحضر المال فيأخذ صاحب المال من العين مثل ما دفع أو يأخذ به سلعا ان اتفقا على ذلك ثم يقتسمان الباقي عينا أو سلعا ان اتفقا على ذلك حكاه ابن حبيب عن مالك زاد ابن مزين لا ربح لواحد منهما حتى يحضر المال حضور صحة و يأخذه صاحبه أخذ مفاصلة وقطع لما بينهما ثم ان بدا له أن يرده اليه قراضا فهو الذى يفصل بين القراض الثاني والاول فاما أن يحضر و يقبضه صاحبه قبضا على غير صحة ومفاصلة بانقطاع ثم يرده اليه في المجلس وفي الفور قراضا فهذا بمنزلة ما لم يحضر ولم يقبض وهو قراض واحد يجبر الآخر الاول ان جاء فيه وضيعة و وجه ذلك انهما ان تشاحا أو شح أحدهما لم يأخذ صاحب المال الا مثل ما أعطى وعلى تلك الصفة يلزم العامل ان

﴿ المحاسبة في القراض ﴾ * قال يحيي قال مالك في رجل دفع الى رجل مالا قراضا فعمل فيه فربح فأراد أن يأخذ حصته من الربح وصاحب المال غائب قال لا ينبغي له أن يأخذ منه شيأ الا بحضرة صاحب المال وان أخذ شيأ فهو له ضامن حتى يحسب مع المال اذا اقتسماه * قال مالك لا يجوز للمتقارضين أن يتحاسبا ويتفاصلا والمال غائب عنهما حتى يحضر المال فيستوفي صاحب المال رأس ماله ثم يقتسمان الربح على شرطهما

صاحب المال وفي يديه عرض مربح بين فضله فارادوا أن يباع لهم العرض فيأخذوا حصته من الربح قال لايؤخذ من ربح القراض شئ حتى يحضر صاحب المال فيأخذ ماله ثم يقتسمان الربح على شرطهما * قال مالك في رجل دفع الى رجل مالا قراضا فتجر فيه فربح ثم عزل رأس المال وقسم الربح فاخذ حصته وطرح حصة صاحب المال في المال بحضرة شهداء أشهدهم على ذلك قال لا تجوز قسمة الربح الا بحضرة صاحب المال وان كان أخذ شيأ رده حتى يستوفي صاحب المال رأس ماله ثم يقتسمان مابقي بينهما على شرطهما * قال مالك في رجل دفع الى رجل مالا قراضا فعمل فيه فجاءه فقال له هذه حصتك من الربح وقد أخذت لنفسي مثله ورأس مالك وافر عندي * قال مالك لا أحب ذلك حتى يحضر المال كله فيحاسبه حتى يحصل رأس المال ويعلم أنه وافر ويصل اليه ثم يقتسمان الربح بينهما ثم يرد اليه المال ان شاء أو يحبسه وانما يجب حضور

برد جميع المال فيتقاسمان جميع الربح بعد اقتضاء رأس المال فان اتفقا على أن يأخذ برأس ماله سلعة يجوز سلم رأس المال فيها جاز وكذلك ان اتفقا على قسمة الربح عروضا على وجه سائغ فانه يجوز لهما ذلك (مسئلة) فان كان المال ديونا باذن رب المال أو عروضا فسلم ذلك المال الى رب المال برضاه بذلك فهو جائز قاله ابن القاسم عن مالك في العتبية وكتاب محمد وأنكر ذلك سحنون في العتبية (مسئلة) ولو صير العامل المال عروضا ثم اتفقا على المقاسمة فقال العامل انا آخذ العروض ولك على رأس مالك أو لك رأس مالك وحصتك من الربح كذا ص * (قال مالك في رجل أخذ مالا قراضا فاشترى به سلعة وقد كان عليه دين فطلبه غرماؤه فادركوه ببلد غائبا عن صاحب المال وفي يديه عرض مربح بين فضله فارادوا أن يباع لهم العرض فيأخذون حصته من الربح قال لايؤخذ من ربح القراض شئ حتى يحضر صاحب المال فيأخذ ماله ثم يقتسمان الربح على شرطهما * ش وهذا كما قال انه ليس لغرماء العامل بيع المال أو أخذ حصته من الربح المتيقن فيه حتى يحضر صاحب المال لان العامل لا يستقر له ملك على حصته من الربح حتى يقبض صاحب المال رأس ماله ويقاسمه الربح (مسئلة) فان قام غرماء رب المال على العامل وهو غائب والمال عين قضى الغرماء دينهم من رأس المال وحصته من الربح ودفع الى العامل حصته من الربح قاله ابن المواز عن مالك قال فان كان المال سلعا لم يحكم لهم بالبيع حتى يرى للبيع وجه ولا يباع لهم منه دين حتى يقبض ولو شاء رب المال تعجيل ذلك لم يكن له ذلك وروى عيسى عن ابن القاسم عن مالك انه فرق بين غرماء العامل وغرماء صاحب المال على نحو ما تقدم قال عيسى وانما غيبة صاحب المال بمنزلة ما لو ان رجلا أبضع مع رجل ببضاعة فلما قدم بلد الابتياع قام عليه غرماء صاحب المال فاثبتوا دينهم ان القاضي يقضي لهم بتقاضي البضاعة في ديونهم ويكتب للمبضع معه براءة وهذا الذي قاله ورواه ابن القاسم عن مالك مبني على ان العامل لا يملك حصته من الربح الا بعد القسمة فلذلك لا يباع المال لغرمائه ويباع لغرماء رب المال لان المال كله على ملكه والله أعلم ص * (قال مالك في رجل دفع الى رجل مالا قراضا فتجر فيه فربح ثم عزل رأس المال وقسم الربح وأخذ حصته وطرح حصة صاحب المال في المال بحضرة شهداء أشهدهم على ذلك قال لا تجوز قسمة الربح الا بحضرة صاحب المال وان كان أخذ شيأ رده حتى يستوفي صاحب المال رأس ماله ثم يقتسمان مابقي بينهما على شرطهما * ش وهذا كما قال ولا ينفعه الاشهاد على ذلك لانه أشهد على فعل ما لا يجوز له فعله فيجب عليه رد ما أخذ فان تجر فيه فربح فحصة رب المال في ذلك الربح وهو قطعة من مال القراض ويجبر به نقصه ويكون لصاحب المال حصته من ربحه فان وقع ذلك فهو بمنزلة العامل يتسلف شيأ من مال القراض فتجر فيه لنفسه ان صاحب المال بالخيار بين أن يجيز ذلك أو يرده الى حكم القراض والله أعلم ص * (قال مالك في رجل دفع الى رجل مالا قراضا فعمل فيه فجاءه فقال له هذه حصتك من الربح وقد أخذت لنفسي مثله ورأس مالك وافر عندي قال مالك لا أحب ذلك حتى يحضر المال كله فيحاسبه حتى يحصل رأس المال ويعلم انه وافر ويصل اليه ثم يقتسمان الربح بينهما ثم يرد اليه المال ان شاء أو يحبسه وانما يجب حضور المال مخافة أن يكون العامل قد نقص فيه فهو يحب أن لا ينزع منه وأن يقره في يده * ش وهذا على ما قال انه لا يجوز أن يقاسم الربح الا بعد رد رأس المال وقبض صاحبه له لانا قد بينا أن العامل لا يملك حصته من الربح الا بعد القسمة والربح تبع في القسمة لرأس المال لا يصح قسمته الا بعد ذلك لان

المال مخافة أن يكون العامل قد نقص فيه فهو يحب أن لا ينزع منه وأن يقره في يده

مقتضى القراض أن يجبر رأس المال بالربح ولو عقدا القراض على خلاف ذلك لم يصح وهذا الحكم ثابت فيه حتى يرد الى صاحبه ويصير بيده كسائر أحكامه من كونه أمانة بيديه وغير ذلك

﴿ جامع ماجاء في القراض ﴾

ص ﴿ قال يحيى قال مالك في رجل دفع الى رجل مالا قراضا فابتاع به سلعة فقال له صاحب المال بعها وقال الذي أخذ المال لا أرى وجه بيع فاختلفا في ذلك قال لا ينظر في قول واحد منهما ويسئل عن ذلك أهل المعرفة والبصر بتلك السلعة فان رأوا وجه بيع بيعت عليهما وان رأوا وجه انتظار انتظر بها ﴾ ش وهذا كما قال انه ليس لرب المال أن يبيع على العامل سلعة متى شاء لان ذلك ابطال لعمله واتلاف لما يبقى له من حصته من الربح والقراض قد لزمهما على وجه ما دخلا فيه بالشراء والعمل فليس لواحد منهما الانفكاك الا على وجه المعهود من التجارة وطلب التنمية وكذلك لو كان مال القراض دنانير ادا ين به العامل باذن رب المال ثم أراد أحدهما بيع ذلك وتعجيل ماله وأباه الآخر كان القول قول الآبي منهما لانه دعا الى المعهود من القراض والتجارة ص ﴿ قال مالك في رجل أخذ من رجل مالا قراضا فعمل فيه ثم سأله صاحب المال عن ماله فقال هو عندي وافر فلما أخذه به قال قد هلك عندي منه كذا وكذا لمال يسميه وانما قلت لك ذلك لكي تتركه عندي قال لا ينتفع بانكاره بعد اقراره انه عنده ويؤخذ باقراره على نفسه الا أن يأتي في هلاك ذلك المال بأمر يعرف به قوله فان لم يأت بأمر معروف أخذ باقراره ولم ينفعه انكاره * قال مالك وكذلك أيضا لو قال ربحت في المال كذا وكذا فسأله رب المال أن يدفع اليه ماله وربحه فقال ما ربحت فيه شيأ وما قلت ذلك الا لأن تقره في يدي فذلك لا ينفعه ويؤخذ بما أقر به الا أن يأتي بأمر يعرف به قوله وصدقه فلا يلزمه ذلك ﴾ ش وهذا كما قال انه يؤخذ باقراره ان المال باق عنده وانه قد ربح فيه فان ادعى بعد ذلك الخسارة أو ضياع المال أو أنه لم يربح شيأ لم يقبل مجرد انكاره وأخذ بأول اقراره فان أتى بأمر يعرف به وجه ما ادعاه وقامت له بذلك بينة بريء مما ادعاه من الخسارة أو ضياع المال (مسئلة) ولو أنكر القراض جملة فلما قامت عليه بينة ادعى رده الى صاحبه فقال عيسى عن ابن القاسم في العتبية ان لم يأت ببينة على الرد والا غرم وليس من ادّعى الضياع مثل من ادّعى القضاء وفي سماع ابن القاسم ليس له الا يمينه ويبرأ (مسئلة) ومن ادّعى الضياع بعد انكار القبض فقد روى عيسى لا شئ عليه وقال عيسى يصدق ويغرم وبلغني ذلك عن مالك ص ﴿ قال مالك في رجل دفع الى رجل مالا قراضا فربح فيه ربحا فقال العامل قارضتك على ان لي الثلثين وقال صاحب المال قارضتك على أن لك الثلث * قال مالك القول قول العامل وعليه في ذلك اليمين اذا كان ما قال يشبه قراض مثله وكان ذلك نحوا مما يتقارض عليه الناس وان جاء بأمر يستنكر وليس على مثله يتقارض الناس لم يصدق ورد الى قراض مثله ﴾ ش وهذا كما قال انه اذا ادعى كل واحد منهما أنه شرط لنفسه الثلثين فان ذلك على أربعة أوجه أحدها أن يكون ما يدعيه العامل قراض مثله دون صاحب المال والثاني أن يدعي كل واحد منهما ما يشبه والثالث أن يدعي العامل ما لا يشبه [illegible] مثله

﴿ جامع ماجاء في القراض ﴾ * قال يحيى قال مالك في رجل دفع الى رجل مالا قراضا فابتاع به سلعة فقال له صاحب المال بعها وقال الذي أخذ المال لا أرى وجه بيع فاختلفا في ذلك قال لا ينظر في قول واحد منهما ويسئل عن ذلك أهل المعرفة والبصير بتلك السلعة فان رأوا وجه بيع بيعت عليهما وان رأوا وجه انتظار انتظر بها * قال مالك في رجل أخذ من رجل مالا قراضا فعمل فيه ثم سأله صاحب المال عن ماله فقال هو عندي وافر فلما أخذه به قال قد هلك عندي منه كذا وكذا لمال يسميه وانما قلت لك ذلك لكي تتركه عندي قال لا ينتفع بانكاره بعد اقراره انه عنده ويأخذ باقراره على نفسه الا أن يأتي في هلاك ذلك المال بأمر يعرف به قوله فان لم يأت بأمر معروف أخذ باقراره ولم ينفعه انكاره * قال مالك وكذلك أيضا لو قال ربحت في المال كذا وكذا فسأله رب المال أن يدفع اليه ماله وربحه فقال ما ربحت فيه شيأ وما قلت ذلك الا لان تقره في يدي فذلك لا ينفعه ويؤخذ بما أقر به الا أن يأتي بأمر يعرف به قوله وصدقه فلا يلزمه ذلك * قال مالك في رجل دفع الى رجل مالا قراضا فربح فيه ربحا فقال العامل قارضتك على أن لي الثلثين وقال صاحب المال قارضتك على أن لك الثلث * قال مالك القول قول العامل وعليه في ذلك اليمين اذا كان ما قال يشبه قراض مثله وكان ذلك نحوا مما يتقارض عليه الناس وان جاء بأمر يستنكر وليس على مثله يتقارض الناس لم يصدق ورد الى قراض مثله

ويكون دعوى صاحب المال يشبه والرابع أن يدعي كل واحد منهما مالا يشبه فان ادعى العامل مايشبه وادعى صاحب المال مالا يشبه أو ادعيا جميعا مايشبه فان القول قول العامل مع يمينه لان المال في يده فكان أولى بما يدعيه من ربحه (مسئلة) فان ادعى صاحب المال مايشبه دون العامل فالقول قول صاحب المال لان الظاهر شهد له وان ادعى كل واحد منهما مالا يشبه ردا الى قراض المثل بعد أيمانهما وهذا معنى قول مالك فان جاء بأمر يستنكر لم يصدق ورد الى قراض المثل (مسئلة) فان قالا ان الربح على الثلث والثلثين ولم يسميا من الثلثان حين العقد ثم ادعى كل واحد منهما عند القسمة أن يكون له الثلثان فلا يخلو أن يكون قراض مثلهما يشبه مايدعيه العامل أو مايدعيان جميعا فالقول قول العامل مع يمينه ان ادعى انه نوى ذلك على ماذكره بعض المتأخرين من المغاربة وقال ابن المواز جعل الثلث للعامل منهما وجه القول الأول ماقدمناه ان العامل له اليد على ماتقدم ووجه القول الثاني ان المال وربحه على ملك رب المال وانما يملك العامل حصته من الربح بالقسمة مع ماتقدم من رضى رب المال بذلك واذا لم يوجد رضاه الا بالثلث فالباقي ثابت على ملكه (مسئلة) فان كان مايدعيه رب المال يشبه قراض المثل دون مايدعيه العامل فعلى القول الأول يكون القول قوله مع يمينه ان ادعى البينة وعلى القول الثاني يكون له الثلثان دون يمين وان ادعى كل واحد منهما مالا يشبه فعلى القول الأول يحلفان ويردان الى قراض المثل وعلى القول الثاني يردان اليه دون يمين * قال القاضي أبو الوليد والنية عندي غير مؤثرة في هذه المسئلة لان العامل اذا نوى أن يكون له الثلثان ولم يشترط ذلك ولم يبينه لم يكن له ذلك بنيته وكذلك رب المال وكان الأظهر عندي في هذه المسئلة أن يردا في الوجوه كلها الى قراض المثل بمنزلة أن يعقدا القراض ولا يذكرا حصة أحدهما من الربح لانهما اذا لم يشترطا الثلثين لمعين فقد عاد ذلك بجهله لمن يستحقه وأدى ذلك الى أن يكون حصة كل واحد منهما من الربح مجهولة ولا معنى لاستحلاف أحدهما لان الثاني لاينكر مايدعيه ولا يستحق بما يدعيه من النية شيأ فلا معنى لاستحلافه على تحقيقها ولو صدقه صاحبه فيما يدعيه من ذلك لم ينفعه ص * قال مالك في رجل أعطى رجلا مائة دينار قراضا فاشترى بها سلعة ثم ذهب ليدفع الى رب السلعة المائة دينار فوجدها قد سرقت فقال رب المال بع السلعة فان كان فيها فضل كان لي وان كان فيها نقصان كان عليك لانك أنت ضيعت وقال المقارض بل عليك وفاء حق هذا انما اشتريتها بمالك الذي أعطيتني * قال مالك يلزم العامل المشتري أداء ثمنها الى البائع ويقال لصاحب المال القراض ان شئت فأد المائة الدينار الى المقارض والسلعة بينكما وتكون قراضا على ما كانت عليه المائة الاولى وان شئت فابرأ من السلعة فان دفع المائة دينار الى العامل كانت قراضا على سنة القراض الاول وان أبى كانت السلعة للعامل وكان عليه ثمنها * ش ومعنى ذلك أن العامل اذا أخذ المال قراضا فاشترى به سلعة فلا يخلو أن يشتريها بدين أو بنقد فان اشتراها بدين للقراض فذلك ممنوع أذن له في ذلك رب المال أو لم يأذن فان فعل ذلك العامل ثم نقد فيها مال القراض ففي كتاب محمد عن ابن القاسم تقوم السلعة التي اشترى بدين بنقد فيكون العامل بذلك شريكا في المال قال محمد لعله يريد في سلعة واحدة اشتراها بدين ونقد فيها مال القراض واذا كان ماقاله محمد فتبقى المسئلة التي يسئل عنها غير مجاوب عنها وذلك أن من اشترى سلعة بدين بمائة فيتها مائتان فقد دفعها حين الاجل مائة من مال القراض فأما على الرواية التي رواها ابن القاسم وعبد الرحمن عن مالك ان العامل يضمن مافضل من المائة دينار عن قيمة السلعة والسلعة على القراض وعلى رواية ابن

*قال مالك في رجل أعطى رجلا مائة دينار قراضا فاشترى بها سلعة ثم ذهب ليدفع الى رب السلعة المائة دينار فوجدها قد سرقت فقال رب المال بع السلعة فان كان فيها فضل كان لي وان كان فيها نقصان كان عليك لانك أنت ضيعت وقال المقارض بل عليك وفاء حق هذا انما اشتريتها بمالك الذي أعطيتني *قال مالك يلزم العامل المشترى أداء ثمنها الى البائع ويقال لصاحب المال القراض ان شئت فأد المائة الدينار الى المقارض والسلعة بينكما وتكون قراضا على ما كانت عليه المائة الأولى وان شئت فابرأ من السلعة فان دفع المائة دينار الى العامل كانت قراضا على سنة القراض الأول وان أبى كانت السلعة للعامل وكان عليه ثمنها

القاسم وأشهب عن مالك يقوم الدين فينظر الى قيمة المائة دينار المؤجلة فما فضل عن المائة دينار النقد عن قيمة المائة المؤجلة فعلى العامل (فرع) ولو باعها العامل قبل أن ينقد فيها فربح فالظاهر من قول ابن القاسم ان الربح والوضيعة على العامل قال وكيف يأخذ ربح ما يضمنه العامل في ذمته ومعنى ذلك ان هذه السلعة لم يتعلق ثمنها بذمة رب المال ولا بماله فلم يكن له ربحها ولما اختصت بذمة العامل وضمانه كان له ربحها (مسئلة) وأما ان كان اشترى بنقد فلم ينقد حتى تلف المال الذي بيده فهذا الذي قال انه اذا قال له رب المال بع السلعة فان كان فيها فضل فهو لي وان كان نقصان كان عليك لانك ضيعت المال فلا حجة لرب المال في قوله بع وان كان فيها ربح فلي لان للعامل أن يقول اذا تعلق ثمن السلعة بذمتي دون مالك فلا حظ لك من الربح ولا حجة للعامل في قوله انما اشتريتها بمالك الذي أعطيتني فلرب المال أن يقول صدقت فلا تطلب مني غيره فاني لم آذن لك تتجر في شيء من مالي غير ما دفعته اليك فلا يجوز تصرفك في غيره واذا طلبتني بغرم ما نقص فقد حولت تصرفك من مالي في غير مال القراض

(فصل) وقول مالك ويلزم العامل المشتري اداء ثمنها على البائع يحتمل معنيين أحدهما ان العهدة للبائع عليه فليس له أن يطالب بسواه وليس للعامل مخرج عن ماله عليه الا بالاداء والثاني انه لا خيار له وانما الخيار لرب المال وقد فسره بعد ذلك بقوله ويقال لصاحب المال القراض ان شئت فأد المائة يريد ثمن السلعة التي اشترى العامل بدين فتكون السلعة على ما شرطت من القراض وان شئت فابرأ من السلعة يريد ان لا حظ لك في ربحها ولا شيء عليك من نقص ثمنها (مسئلة) ولو باع العامل السلعة قبل أن ينقد ثمنها وقبل أن يتلف فربح فيها فقد قال ابن القاسم الربح بينهما على ما شرطاه من القراض لانه للقراض اشترى ووجه ذلك ما أشار اليه من أنه انما يشتري للقراض وعلى أن ينقد منه والمال الذي عول على النقد منه باق حين البيع وظهور الربح فكان البيع للقراض والربح على شرطه ص ﴿ قال مالك في المتقارضين اذا تفاصلا فبقي بيد العامل من المتاع الذي يعمل فيه خلق القربة أو خلق الثوب أو ما أشبه ذلك * قال مالك كل شيء من ذلك كان تافها يسيرا لا خطب له فهو للعامل ولم أسمع أحدا أفتى برد ذلك وانما يرد من ذلك الشيء الذي له ثمن وان كان شيأ له اسم مثل الدابة أو الجمل أو الشاذ كونة أو أشباه ذلك مما له ثمن فاني أرى أن يرد ما بقي عنده من هذا الا أن يتحلل صاحبه من ذلك ﴾ ش وهذا كما قال ان العامل اذا رد المال وكان قد سافر سفرا اكتسى فيه وتجهز من مال القراض فان ما بقي من جهازه وكسوته مما لا قدر له للعامل وقال ابن القاسم في العتبية كخلق الجبة والقربة قال محمد وكذلك الغرارة والاداوة قال سحنون وما كان من الثياب تافها خلقا تركت له وان كان الثياب لها بيعت ورد ثمنها في المال ومعنى ذلك ان مثل هذه المعاني تترك لمن كان له الانتفاع بها كالرجل يطلق المرأة وعليها بقية كسوة أو تكون طالقا حاملا فتضع وعليها بقية كسوة فاذا كان الشيء الذي له بال رد الى مستحقه واذا كان يسير الا قدر له كان تبعا لمن تعلق به من حقه ألا ترى أن العامل لو عمل في المال عملا يسيرا لا يلزمه من نقل متاع أو عمل خفيف لم يكن له فيه شيء ولو عمل فيه الصائغ والرقوه لكان له أجر عمله

(فصل) وقوله ما كان له ثمن فاني أرى أن يرد ما بقي عنده من هذا الا أن يتحلل صاحبه من ذلك يريد أن يعلمه بما بقي عنده ويعلمه بصفته وقدره فان جعله رب المال في حل منه ساغ له ذلك والا رد اليه مع حقه والله أعلم

* قال مالك في المتقارضين اذا تفاصلا فبقي بيد العامل من المتاع الذي يعمل فيه خلق القربة أو خلق الثوب أو ما أشبه ذلك * قال مالك كل شيء من ذلك كان تافها يسيرا لا خطب له فهو للعامل ولم أسمع أحدا أفتى برد ذلك وانما يرد من ذلك الشيء الذي له ثمن وان كان شيأ له اسم مثل الدابة أو الجمل أو الشاذ كونة أو اشباه ذلك مما له ثمن فاني أرى أن يرد ما بقي عنده من هذا الا أن يتحلل صاحبه من ذلك

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

﴿ كتاب الأقضية ﴾

﴿ الترغيب في القضاء بالحق ﴾

ص ﴿ مالك عن هشام بن عروة عن أبيه عن زينب بنت أبي سلمة عن أم سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال انما أنا بشر وانكم تختصمون الى فلعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له على نحو ما أسمع منه فمن قضيت له بشئ من حق أخيه فلا يأخذن منه شيأ فانما أقطع له قطعة من النار ﴾ ش قوله صلى الله عليه وسلم انما أنا بشر على معنى الاقرار على نفسه بصفة البشر من انه لا يعلم الغيب ولا يعلم المحق من الخصمين من المبطل والاخبار بان حاله في ذلك حال غيره لأنه لا يعلم من الغيب الا ما اطلع عليه بالوحي ولما كانت الدنيا دار تكليف وكانت الاحكام تجري على ذلك أجرى في غالب أحكامه في هذا الوجه على أحوال سائر الحكام ولذلك لم يقل في مسئلة المتلاعنين انه أعلم بالكاذب منهما وقال يعلم الله ان أحدكما كاذب فهل منكما من تائب

(فصل) وقوله انكم تختصمون الي يريد والله أعلم تتنازعون في الاموال وغيرها تنازعا يدعي كل واحد من الخصمين أنه أحق بها من صاحبه فيخاصمه في ذلك الى النبي صلى الله عليه وسلم دون غيره وهو صلى الله عليه وسلم الحاكم في زمنه لأنه امام الامة والمنفرد بالرئاسة الدينية والدنيوية فلا يصح أن يحكم بين الناس الا هو أو من قدمه لذلك والاصل في ذلك قوله تعالى فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجا مما قضيت ويسلموا تسليما وقوله وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم وقوله انا أنزلنا اليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بما أراك الله * وفي هذا بابان * أحدهما في صفة القاضي * والثاني في مجلسه وأدبه

(الباب الاول في صفة القاضي)

فأما صفاته في نفسه فاحداها أن يكون ذكرا بالغا والثانية أن يكون واحدا مفردا والثالثة أن يكون بصيرا والرابعة أن يكون مسلما والخامسة أن يكون حرا والسادسة أن يكون عالما والسابعة أن يكون عدلا فأما اعتبار الذكورة فحكى القاضي أبو محمد وغيره انه مذهب مالك والشافعي وقال أبو حنيفة يجوز أن تلي المرأة القضاء في الأموال دون القصاص وقال محمد بن الحسن ومحمد بن جرير الطبري يجوز أن تكون المرأة قاضية على كل حال ودليلنا ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يفلح قوم أسندوا أمرهم الى امرأة ودليلنا من جهة المعنى انه أمر يتضمن فصل القضاء فوجب أن تنافيه الانوثة كالامامة * قال القاضي أبو الوليد ويكفي في ذلك عندي عمل المسلمين من عهد النبي صلى الله عليه وسلم لا نعلم انه قدم لذلك في عصر من الاعصار ولا بلد من البلاد امرأة كما لم يقدم للامامة امرأة والله أعلم وأحكم (مسئلة) وأما كونه واحدا مفردا فمعناه أن لا يولى القضاء اثنان فأكثر على وجه الاشتراك فلا يكون لأحدهما الانفراد بالنظر في قضية ولا قبول بينة ولا انفراد بانفاذ حكم قال الشيخ أبو اسحق في زاهيه والحاكم لا يجوز أن يكون نصف حاكم فلا يجتمع اثنان فيكونان جميعا حاكما في قضية واحدة واما أن يستقضي في البلد الحكام والقضاة ينفرد كل واحد منهم بالنظر في ما يرفع اليه من ذلك فجائز والدليل على ذلك أن هذا

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾
(كتاب الاقضية)
﴿ الترغيب في القضاء بالحق ﴾

* حدثنا يحيى عن مالك عن هشام بن عروة عن أبيه عن زينب بنت أبي سلمة عن أم سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال انما أنا بشر وانكم تختصمون الى فلعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له على نحو ما أسمع منه فمن قضيت له بشئ من حق أخيه فلا يأخذن منه شيأ فانما أقطع له قطعة من النار

اجماع الامة لأنه لم يختلف فى ذلك أحد من زمن النبى صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا ولا أعلم أنه أشرك بين قاضيين فى زمن من الازمان ولا بلد من البلدان وقد قام فى البلد الواحد عدد من الحكام فكان كل واحد منهم ينفرد بحكمه الذى يرفع اليه لا يشركه فيه غيره ودليل آخر وهو ان المذاهب مختلفة والاغراض متباينة ولا يصح أن يتفق رجلان فى كل شئ حتى لا يرى أحدهما خلاف ما يراه الآخر واذا أشرك بين الحاكمين دعا ذلك الى اختلافهما فى المسائل و يوقف نفوذها كالامامة ولا يلزم على هذا الحكمان بين الزوجين والحكمان فى جزاء الصيد لأنهما يحكمان فى قضية واحدة وليس بولاية وان اتفقا نفذ حكمهما وان اختلفا لم ينفذ حكمهما وحكم غيرهما فلم يكن فى ذلك مضرة وهذا ينافى الولاية لأن من ولى القضاء لا يمكن الاستبدال به عند المخالفة فيؤدى ذلك الى توقف الاحكام وامتناع نفوذها (مسئلة) واما أن يكون بصيرا فلا خلاف نعلمه بين المسلمين فى المنع من كون الاعمى حاكما وهو مذهب أبى حنيفة والشافعى وقد بلغنى ذلك عن مالك والدليل على صحة هذا القول ان فى تقديمه للقضاء تضييقا على المسلمين فى طرق القضاء وانفاذ الاحكام والحاكم مضطر الى أن ينظر لكل من يطلب عنده مطلبا من مطالب الحق والاعمى وان كان يميز الاصوات فلا يميز الا صوت من تكرر عليه صوته وليس كل من يشهد عنده بشهادة ممن يتكرر عليه فقد يشهد عنده بها من لم يسمع كلامه قبل هذا او يزكى عنده فى غير ذلك المجلس فلا يعلم هل هذا المزكى عنده هو الذى زكى بالامس أو غيره وقد يجرح عنده بعد التزكية فلا يدرى هل هو ذلك الاول أو غيره وقد يبقى على عدالته فيتكرر عليه مرة ثانية من الغد فى شهادة أخرى وقد غاب معدلوه فلا يدرى هل هو ذلك الاول وقد اختلف العلماء فى تولية القضاء الامى وهو يبصر و يميز فكيف بالاعمى وأكثر العلماء لا يجيز شهادته (مسئلة) وأما اعتبار اسلامه فلا خلاف بين المسلمين فى ذلك وأما اعتبار حريته فقد قال القاضى أبو محمد لا خلاف فيه بين المسلمين ووجه ذلك أن منافع العبد مستحقة لسيده فلا يجوز أن يصرفها للنظر بين المسلمين ولأنه ناقص الحرمة نقصا يؤثر فى الامامة كالمرأة (مسئلة) وأما اعتبار كونه عالما فلا خلاف فى ذلك مع وجود العالم العدل والذى يحتاج اليه من العلم أن يكون من أهل الاجتهاد وقد بينا صفة المجتهد فى أصول الفقه وقد روى ابن القاسم عن مالك فى المجموعة لا يستقضى من ليس بفقيه وقال أشهب فى المجموعة ومطرف وابن الماجشون وأصبغ فى الواضحة لا يصلح أن يكون صاحب حديث لا فقه له أو فقه لا حديث عنده ولا يفتى الا من كانت هذه صفته الا أن يخبر بشئ سمعه ومعنى ذلك أن يكون قد جمع صفات المجتهدين والأصل فى ذلك قول الله تعالى لتبين للناس ما نزل اليهم ولعلهم يتفكرون فأعلم تعالى أن النبى صلى الله عليه وسلم اذا بين للناس ما أنزل اليهم يتفكروا و يعتبروا فاذا لم يكن عندهم تبيين النبى صلى الله عليه وسلم لما أنزل الله من الكتاب لم يتمكن لهم التفكر فى أحكامه وقد قال تعالى انا أنزلنا اليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بما أراك الله ومن ليس من أهل الاجتهاد فانه لا يرى شيأ وبذلك قال الفقهاء المتقدمون انه لا يفتى من لا يعرف ذلك الا أن يخبر بما سمع فلم يجعل ذلك من باب الفتوى وانما هو اخبار عن فتوى صاحب المقالة عند الضرورة لعدم المجتهد الذى تجوز له الفتوى (فرع) فاذا لم يوجد الا عالم ليس بمرضى أو رجل مرضى الحال غير عالم فقد روى أصبغ يستقضى العدل لانه يستشير أهل العلم وحكى ابن حبيب ان لم يكن للرجل علم وورع فعقل وورع لانه بالعقل يسئل وبالورع يعف فاذا طلب العلم وجده واذا طلب العقل لم يجده (مسئلة) وأما اعتبار العدالة فالظاهر من أقوال المسلمين

ان العدالة شرط فى صحة القضاء وقال القاضى أبو الحسن لا تنعقد الولاية للحاكم الفاسق وان طرأ الفسق بعد انعقادها انفسخت ولايته وفى النوادر من كتاب أصبغ انه يجوز حكم المسخوط ما لم يجر وان لم تجز شهادته وهذا مبنى على ان ما يطرأ من الفسق لا يفسخ ولايته حتى يفسخها الامام (مسئلة) وهل يعتبر فى ذلك أن يكون سميعا لم أر فيه نصا لأصحابنا * قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه وعندى انه ممنوع لما يحتاج اليه من سماعه من دعوى الخصوم وسماعه أداء الشهادة وليس كل شاهد يمكنه أن يكتب شهادته فيعرضها عليه فمنهم من لا يكتب مع ما فى ذلك من تضييق الحال على الناس وتعذر سبيل الحكم وذلك يجب أن يمنع منه (مسئلة) وهل يجوز أن يكون الأمى الذى لا يكتب حاكما وان كان عالما عدلا لم أر فيه نصا لأصحابنا ولأصحاب الشافعى فيه وجهان أحدهما الجواز والآخر المنع * قال القاضى أبو الوليد والأظهر عندى الجواز لان امام المرسلين وأفضل الحكام كان لا يكتب ومن جهة المعنى انه لا يحتاج الى قراءة العقود وينوب عنه فى ذلك أهل العدل وهذه حال من لا يكتب من الحكام يقرأ عليه العقد فى الأغلب ويقيد عنه المقالات ولا يباشر شيأ من ذلك وان للمنع من ذلك وجها لما فيه من تضييق طرق الحكومة والنبى صلى الله عليه وسلم معصوم وليس غيره كذلك والله أعلم وأحكم (مسئلة) وهل يستقضى ولد الزنا قال سحنون لا بأس أن يستقضى ولا يحكم فى حد الزنا قال كما لا يحكم القاضى * قال القاضى أبو الوليد والأظهر عندى أن ذلك ممنوع لان القضاء موضع رفعة وطهارة أحوال فلا يليها ولد الزنا كالامامة فى الصلاة وروى ابن سحنون عن أبيه يستقضى الفقير اذا كان أعلم من بالبلد وأرضاهم ولكن لا ينبغى أن يجلس حتى يغنى ويقضى عنه دينه وهذا مما لا خلاف فى صحته لان الفقر ليس يؤثر فى دينه ولا علمه ولكن يستحب أن تزال حاجته ليتفرغ للقضاء وليكون أسلم له من مقارفة ما يخل بحاله (مسئلة) ويستقضى المحدود فى الزنا والقذف والمقطوع فى السرقة اذا كان اليوم مرضيا من كتاب أصبغ ووجه ذلك ان ما كان عليه مما يمنع ولايته قد ظهر اقلاعه عنه كما لو كان كافرا ثم حسن اسلامه (فرع) وهل يحكم فيما حد فيه جوز ذلك أصبغ وفرق بينه وبين الشهادة ومنع ذلك سحنون اعتبارا بالشهادة

(الباب الثانى فى مجلسه وأدبه)

أما مجلس القاضى فانه ينبغى أن يكون فى المسجد وكره الشافعى أن يكون فى المسجد وروى نحوه عن عمر بن عبد العزيز قال مالك القضاء فى المسجد من الحق والأمر القديم لانه يرضى بالدون من المجلس ويصل اليه الضعيف والمرأة ولا يحجب عنه أحد قال الشيخ أبو محمد واحتج بعض أصحابنا فى ذلك بقوله تعالى وهل أتاك نبأ الخصم اذ تسوروا المحراب الى قوله فاحكم بيننا بالحق وروى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قضى فى المسجد (فرع) ويستحب أن يجلس من المسجد فى رحابه الخارجة قال مالك ليصل اليه اليهودى والنصرانى والحائض قال وحيثما جلس القاضى المأمون أجزأه قال أشهب فى المجموعة ولا بأس أن يقضى فى منزله وحيث أحب وأحب الى أن يقضى حيث جماعة الناس وفى المسجد الجامع قال سحنون وقال غيره الا أن يدخل عليه فى ذلك ضرر لكثرة الناس حتى يشغله ذلك عن النظر والفهم وليكن له موضع فى المسجد يحول بينه وبين من يشغله واتخذ سحنون بيتا فى المسجد وكان يدخل فيه الناس (مسئلة) ولا ينبغى أن يقضى فى الطريق فى ممره الى المسجد أو الى غيره الا أن يكون أمر عرض واستغيث اليه فيه فلا

بأس أن يأمر فيه وينهى فأما الحكم الفاصل فلا قاله مطرف وابن الماجشون قال أشهب في المجموعة لا يقضي القاضي وهو يمشي وقال أيضا لا بأس أن يقضي وهو يمشي إذا لم يشغله ذلك ولا بأس أن يقضي وهو متكئ (مسئلة) ولا تقام الحدود في المسجد ولا الضرب الكثير إلا اليسير كالخمسة أسواط والعشرة ونحوها قاله مالك في الموازية والمجموعة وكتاب ابن سحنون ووجه ذلك أن الحدود تباشر سيلان الدم والتأثير في الأجسام والمساجد موضوعة للتأمين والرحمة فيجب أن تنزه عن مثل هذا (مسئلة) قال مطرف وابن الماجشون ويتخذ القاضي أوقاتا يجلس فيها للناس على ما هو أرفق به وبالناس وليس بالضيق عليه حتى يصير كالأجنبي ولا ينبغي أن يجلس بين العشاءين ولا في الأسحار إلا أن يحدث في تلك الأوقات ويرفع إليه أمر لا بد منه فلا بأس أن يأمر في تلك الساعة وينهى ويسجن فأما على وجه الحكم مما شخص فيه الخصوم فلا وقال أشهب في المجموعة ولا بأس أن يقضي بين المغرب والعشاء فمعنى قول ابن الماجشون ومطرف أنه ليس عليه الجلوس ذلك الوقت ولا إشخاص الخصوم إليه في الأمور التي فيها إحضار الخصوم وتقييد المقالات وإحضار البينات لأنها أمور لا تفوت ويلحق المطلوب بذلك المشقة في الخروج عن العادة وأما الأمور التي يخاف فواتها ويطرأ منها ذلك الوقت ما تدعو الضرورة إلى النظر فيه فيلزمه ذلك ومعنى قول أشهب أنه أباح له النظر بين المغرب والعشاء لأن ترك ذلك حق من حقوقه فإذا أراد النظر ذلك الوقت فذلك مباح له والقول الأول أظهر لما في ذلك من الضرر بما يدعى في ذلك الوقت إلى ما لا يخاف فواته وقد شرعت الآجال في القضاء بالحقوق والإمهال واستقصاء الحجج وذلك ينافي القضاء بالليل وفي وقت يشق نقل الثياب والتفرغ للإدلاء بالحجج مع ما في ذلك من الخروج عن العادة في عمل القضاة ولا يكاد يفعل ذلك إلا على وجه التضييق على المطلوب والمسارعة إلى الحكم للطالب (مسئلة) وليس عليه أن يتعب نفسه فيقضي النهار كله قاله في المجموعة قال في العتبية وليقعد للناس في ساعات من النهار وقال مالك في الموازية إني أخاف أن يكثر فيخطئ قال في المجموعة يكره للقاضي أن يقضي إذا دخله هم أو نعاس أو ضجر شديد وفي غير هذا الموضع أو جوع يخاف على فهمه منه الإبطاء أو التقصير وفي العتبية عن مالك أنه قال لا يقضي القاضي وهو جائع ولا أن يشبع جدا فإن الغضب يحضر الجائع والشبعان جدا يكون بطيئا إلا أن يكون الأمر الخفيف الذي لا يقصر به في فهمه ووجه ذلك ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يقضي القاضي وهو غضبان فكل حالة منعته من استيفاء حجج الخصوم كما يمنعه الغضب كان له حكمه في المنع من ذلك والله أعلم (مسئلة) وقوله ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له على نحو ما أسمع منه يريد والله أعلم أن يكون أحدهما أعلم بمواقع الحجج وأهدى إلى إيراد ما يحتاج من ذلك وأشد تبيينا لما يحتج به قال أبو عبيدة اللحن بفتح الحاء الفطنة واللحن بإسكان الحاء الخطأ في القول تعلق بعض أصحابنا بقول النبي صلى الله عليه وسلم فأقضي له على نحو ما أسمع منه في أن القاضي لا يقضي بعلمه وهذا التعلق ليس بالبين لأنه لا يقضي القاضي بما يسمع منه مع علمه بخلافه على قول من يثبت حكمه بعلمه ولا على قول من ينفيه فأما من قول استقضى به فإنه يعد ما علمه ولا ينظر إلى حجة الخصم ولا إلى ما شهد به عنده مما يخالف ذلك وأما من منع الحكم بعلمه فإذا اقتضت حجته أو ما شهد به بينهما خلاف ما علمه من الأمر امتنع من الحكم في ذلك وشهد عند غيره بما في علمه (مسئلة) إذا ثبت ذلك فالمشهور من مذهب مالك أن الحاكم

لايحكم في شئ أصلا بعلمه علمه قبل ولايته أو بعدها في مجلس حكم غيره في حقوق الآدميين أو غيرها قاله مالك وابن القاسم وأشهب قالوا وكذلك ماوجد في ديوانه من اقرار الخصوم مكتوبا وجوز ابن الماجشون وأصبغ وسحنون أن يحكم الحاكم بعلمه وبه قال أبو حنيفة والشافعي على اختلافهم في تفصيل ذلك والدليل على مانقوله قول الله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة فيقتضي العموم أن يجلدوا وان علم الحكم بصدقه وماروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال في ملاعنة لو كنت راجما أحدا بغير بينة لرجمت هذه وقال عبدالله بن عباس تلك امرأة كانت تظهر السوء وأيضا فان النبي صلى الله عليه وسلم لم يقتل المنافقين وان كان علم كفرهم لما انفرد بذلك ومن جهة المعنى ان الحاكم لما كان غير معصوم منع من الحكم بعلمه ليبعد عن التهمة وتعلق ابن الماجشون في ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم فأقضي له على نحو ما أسمع منه فعلق القضاء بما يسمع وتأوله مالك رحمه الله على مايسمع منه من اهتدائه الى مواقع حجته وعجز الآخر عن ايراد مايعتضد به ولذلك قال في أول الكلام فلعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته وأيضا فانه صلى الله عليه وسلم قال فأقضي له على نحو ما أسمع منه وماعلمه الحاكم ليس بموقوف على مايسمع ممن يقضي له بل قد يعلم من حقوقه مالا يسمعه منه ويسمع منه مالا يعلمه وهو صلى الله عليه وسلم انما علق الحكم بما يسمع منه فثبت بذلك وبقوله فلعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض انه انما يقضي له بما يبينه في خصومته لمعرفته بمواقع حججه من الحقوق التي تلزم الحاكم القضاء له بها ولعله غير مستحق لها (فرع) فاذا قلنا بقول ابن الماجشون ومن تابعه من أصحابنا فانه انما يحكم بعلمه فيما جرى بين المتخاصمين في مجلس نظره خلافا لابي حنيفة في قوله يحكم بعلمه في حقوق الآدميين مما علمه بعد القضاء خاصة وللشافعي في تجويزه ذلك على الاطلاق والدليل على مانقوله ان هذا حكم بدعوى دون بينة ولا يمين فوجب أن لايصح لان الشرع انما قدر الحكم بأحدهما (فرع) واذا قلنا لايحكم بعلمه فحكم بعلمه وسجل فقد قال القاضي أبو الحسن لاينقض حكمه عند بعض أصحابنا * قال القاضي أبو الوليد وعندي انه ينقض حكمه

(فصل) وقوله فمن قضيت له بشئ من حق أخيه فلا يأخذن منه شيأ فانما أقطع له قطعة من النار معناه والله أعلم ان قضاءه له بشئ من حق أخيه لما سمع منه من اظهار حجة أوجبت له ذلك من دعوى باطل عجز المحق عن انكاره أو انكار حق عجز المحق عن اثباته فان ذلك لايملكه من حكم له به ولا يبيحه له وانما يعطيه قطعة من النار يريد والله أعلم قطعة من العذاب كقوله تعالى ان الذين يأكلون أموال اليتامى ظلما انما يأكلون في بطونهم نارا يعني والله أعلم مايعذبون عليه بالنار وقد يوصف الشئ بما يؤول اليه ويكون سببا له ولذلك يوصف الشجاع بالموت قال الشاعر

يا أيها الراكب المزجي مطيته * سائل بني أسد ماهذه الصوت

وقل لهم بادروا بالعذر والتمسوا * وجها ينجيكم انى أنا الموت

فوصف نفسه بانه الموت يريد انه سبب بشجاعته وقلة سلامة من يحاربه من الموت (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان حكم الحاكم لايحل الحرام ولا يغيره عن حقيقته مثال ذلك ان يقيم الرجل شاهدى زور بان امرأة أجنبية زوجته فحكم الحاكم بذلك فانه لايحل وطؤها خلافا لأبي حنيفة في قوله ان ذلك يحله والدليل على ذلك الحديث المتقدم فمن قضيت له بشئ من حق أخيه فلا يأخذن منه شيأ فانما أقطع له قطعة من نار وهذا يقتضي انه اذا شهد له بزور بان زوجا طلق زوجته وان هذا تزوجها

بعده انما يقطع له الحاكم بذلك قطعة من النار لأنه قد قضى له بحق هو لأخيه والله أعلم ص ﴿ مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب اختصم اليه مسلم ويهودى فرأى عمر أن الحق لليهودى فقضى له فقال له اليهودى والله لقد قضيت بالحق فضربه عمر بن الخطاب بالدرة ثم قال له وما يدريك فقال له اليهودى انا نجد أنه ليس قاض يقضى بالحق الا كان عن يمينه ملك وعن شماله ملك يسددانه ويوفقانه للحق مادام مع الحق فاذا ترك الحق عرجا وتركاه ﴾ ش قوله ان عمر اختصم اليه يهودى ومسلم فقضى عمر لليهودى لما رأى أن الحق له على حكم الاسلام لأن كل حكم بين مسلم وكافر فانما يقضى فيه بحكم الاسلام لانه انما عقدت لهم الذمة لتجرى عليهم أحكام الاسلام الا فيما يخصهم وأما اذا لم يكونوا ذمة وكانوا أهل حرب فان أمكن الحكم بين المسلم وبينهم على حكم الاسلام نفذ وان تعذر ذلك لم يخرج أمرهم على وجه الحكم وذهب به الى معنى الصلح (مسئلة) وأما أحكام أهل الكفر فلا يخلوا أن يكونا على دين واحد كيهوديين أو نصرانيين أو يكونا على دينين مختلفين كيهودى ونصرانى فان كانا من أهل دين واحد فانه لا نتعرض للحكم بينهما لأن الذمة لما عقدت لهم على أن تجرى أحكامهم بينهم فان رضيا جميعا بحكم الاسلام ولم يرض اساقفتهم به ففى العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم لا يحكم بينهم الا برضى الخصمين ورضى أساقفتهم فان رضى الخصمان وأبى الاساقفة أو رضى الاساقفة وأبى ذلك أحد الخصمين لم يحكم بينهما وفى كتاب ابن عبد الحكم انه ان رضى الحاكم حكم بينهما وان أبى ذلك أحدهما طالبا أو مطلوبا لم يعرض لهما فاذا اتفقا على الرضى بذلك فان الحاكم مخير بين أن يترك الحكم وبين أن يحكم بينهم بحكم الاسلام والاصل فى ذلك قوله تعالى فان جاؤك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم وان تعرض عنهم فلن يضروك شيأ وان حكمت فاحكم بينهم بالقسط ان الله يحب المقسطين وأما ان كانا على دينين مختلفين ففى النوادر قال يحيى بن عمر يحكم بينهما وان كره ذلك أحدهما لاختلاف ملتيهما (مسئلة) وهذا فى طريقة التخاصم والتطالب بالحقوق التى سببها برضى الطالب لها وأما ما كان من التظالم كالغصب وقطع الطريق والسرقة فان حكم المسلمين حكم الاسلام سواء كانا مسلمين أو كافرين على ملة واحدة أو ملتين أو أحدهما مسلم والآخر كافر وهو كله قول مالك فى كتاب ابن عبد الحكم وغيره والله أعلم وأحكم

(فصل) وقول اليهودى لعمر لقد قضيت بالحق يحتمل أن يريد لقد قضيت لى بما هو حق لى عليه ويحتمل أن يريد به لقد قصدت الحق فى حكمك هذا ويحتمل أن يريد لقد قضيت بالحق على حكم التوراة والله أعلم وأحكم

(فصل) وضربه اليهودى لما قال له والله لقد قضيت بالحق وقوله له وما يدريك يحتمل أن يكون عمر بن الخطاب رضى الله عنه حكم بينهما باجتهاده فيما لا نص عنده فيه وكان يعتقد أن طريق ذلك غلبة الظن دون القطع والعلم ولذلك قال له وما يدريك يريد ما يدريك أنه كما حلفت عليه وقطعت به فأنكر على اليهودى الحلف على ذلك وذلك يقتضى ضربه وعقوبته لان من حلف على القطع فى أمر يظنه استحق العقوبة لا سيما وقد تكون القضية من جهة القضاء صحيحة لكنها فى الباطن غير صحيحة لان أحد الخصمين ألحن بحجته من الآخر كما قال النبى صلى الله عليه وسلم فمن قضيت له بشئ من حق أخيه فلا يأخذن منه فانما أقطع له قطعة من النار ويحتمل أن يكون ضربه لما حلف على ما لا يعرفه ولا يعلم هو مقتضى تلك القضية فى شرع المسلمين لا سيما ان كانت مما لم يتكرر ولم يتقدم فيها حكم انما شرعت باجتهاد أئمة المسلمين فيها ويحتمل أن يكون ضربه لما فهم منه انه أقسم على انه قصد

وحدثنى مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب اختصم اليه مسلم ويهودى فرأى عمر أن الحق لليهودى فقضى له فقال له اليهودى والله لقد قضيت بالحق فضربه عمر بن الخطاب بالدرة ثم قال وما يدريك فقال له اليهودى انا نجد أنه ليس قاض يقضى بالحق الا كان عن يمينه ملك وعن شماله ملك يسددانه ويوفقانه للحق مادام مع الحق فاذا ترك الحق عرجا وتركاه

الحق لحكمه فأنكر عليه أن يحلف على باطنه ومعتقده وان كان قد صادف الحق في يمينه هذه ويحتمل أن يكون ضربه لما اعتقد أنه قصد بذلك التزكية له والاطراء للحاكم لما جبل عليه اليهود من المكر والخلابة فأنكر عليه ذلك وأدبه على ما بادر اليه منه وظن انه يجور عليه ليزجر الحكام من سلك معهم هذا السبيل

(فصل) وقول اليهودي انا نجد انه ليس قاض يقضي بالحق الا كان عن يمينه ملك وعن شماله ملك يسددانه ويوفقانه للحق ما دام مع الحق فاذا ترك الحق عرجا وتركاه ويحتمل أن يريد به اليهودي انه يقطع بان الحق له وانه ممن قد شاهد الحكم بمثله بين المسلمين أو انه من الحقوق التي لا تختلف فيها الشرائع فاستدل على اجتهاد عمر وقصده الحق بأن حكم له بما يعرف هو أنه حقه وعلم ذلك بما زعم أنه يجده في كتبهم من أن الحاكم اذا قضى بالحق يريد قصده وبينه بحكمه كان معه ملكان يسددانه اليه وانه ان زاغ عن ذلك عرجا وتركاه فلا يوفق للحق فأمسك عنه عمر بعد ذلك اما تصديقا له واما أنه قد بلغ من أدبه ما أقنعه وما قاله اليهودي لا يبعد وقد قال الله تعالى وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم واحذرهم أن يفتنوك عن بعض ما أنزل الله اليك وقد روى في هذا المعنى حديثا ليس بذلك أبو عيسى الترمذي أخبرنا عبد القدوس بن محمد العطار أخبرنا عمرو بن عاصم أخبرنا عمر عن أبي اسحق الشيباني عن ابن أبي أوفى قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الله مع القاضي ما لم يجر فاذا جار تخلى عنه ولزمه الشيطان

﴿ ماجاء في الشهادات ﴾

ص ﴿ مالك عن عبد الله بن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه عن عبد الله بن عمرو بن عثمان عن أبي عمرة الأنصاري عن زيد بن خالد الجهني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ألا أخبركم بخير الشهداء الذي يأتي بشهادته قبل أن يسألها أو يخبر بشهادته قبل أن يسألها ﴾ ش قال مالك في المجموعة وغيره معنى هذا الحديث أن يكون عند الشاهد شهادة رجل لا يعلم بها فيخبره بها ويؤديها له عند الحاكم وذلك ان المشهود به على ضربين ضرب هو حق لله وضرب وحق للآدميين فأما ما كان حقا لله تعالى فعلى قسمين قسم لا يستدام فيه التحريم كالزنا وشرب الخمر اذا أصلح والسرقة فهذا ترك الشهادة به للستر جائز والأصل في ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم لهزال الا سترته بردائك ولو أن الامام علم بذلك فقد قال ابن القاسم في المجموعة يكره الشهادة ولا يشهدوا بها الا في تجريحه ان شهد على أحد (مسئلة) والقسم الثاني ما يستدام فيه التحريم كالطلاق والعتق والاحباس والصدقات والهبات لمن ليس له اسقاط حقه والمساجد والقناطر والطرق فهذا الى الشهادات يقوم الشاهد فيها ويؤديها متى رأى ارتكاب المحظور بها وللشاهد في ذلك حالان حال يعلم ان غيره يقوم عنه بالشهادة ويشاركه فيها وحال لا يعلم ذلك فيها فان علم أن غيره يقوم بها فانه يستحب له أن يبادر بادائها ليحصل له أجر القيام وليقوى أمرها بالكثرة عدد من يقوم بها ولا يترك القيام بها عند الكثير مبادرة الى ازالة المنكر وبصح أن يتناول هذا عموم قوله صلى الله عليه وسلم خير الشهداء الذي يأتي بشهادته قبل أن يسألها ويكون معنى الابتدار بها اذا دعاه اليها الحاكم (مسئلة) وان لم يعلم أن غيره قد ترك القيام بها أو لم يكن من يقوم بها غيره تعين عليه القيام بها لقوله تعالى وأقيموا الشهادة لله وقوله ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه ولأن القيام بالشهادة من فروض

﴿ماجاء في الشهادات﴾
* حدثنا يحيي عن مالك عن عبد الله بن أبي بكر ابن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه عن عبد الله بن عمرو بن عثمان عن أبي عمرة الانصاري عن زيد بن خالد الجهني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ألا أخبركم بخير الشهداء الذي يأتي بشهادته قبل أن يسألها أو يخبر بشهادته قبل أن يسألها

الكفاية كالجهاد والصلاة على الجنائز فاذا قام بها بعض الناس سقط فرضها عن سائر الناس واذا ترك القيام بها جميعهم أثموا كلهم اذا كان الحق مجمعا عليه وبالله التوفيق

(فصل) وأما الضرب الثاني وهو حق الآدميين فانه ان كان يجوز له اسقاطه مثل أن يرى ملك رجل يباع أو يوهب أو يحول عن حاله فروى ابن القاسم في العتبية ان ذلك جرحة في الشاهد حين رأى ذلك ولم يعلمه فيه قال غيره في المجموعة وهذا اذا كان المشهود له غائبا أو حاضرا لا يعلم وأما ان كان حاضرا فهو كالاقرار وقال ابن سحنون عن أبيه انما ذلك فيما كان من حق الله تعالى أو كان للشاهد القيام به وان كذبه المشهود له كالحوالة والطلاق وأما العروض والحيوان والرباع فلا يبطل ذلك شهادته لان صاحب الحق ان كان حاضرا فهو أضاع حقه وان كان غائبا فليس للشاهد شهادة ＊وقال القاضي أبو الوليد وهذا عندي انما يكون جرحة في الشاهد اذا علم أنه اذا كتمها ولم يعلم بها بطل الحق فكتم ذلك حتى صولح على أول مما يجب له أو حتى نالته بكتمان شهادته معرة ودخلت عليه مضرة فعلم ضرورته الى شهادته ولم يقم بها حتى دخلت عليه مضرة بكتمانه اياها فهي جرحة في شهادته وأما على غير هذا الوجه فلا يلزمه القيام بها لانه لا يدري لعل صاحب الحق قد تركه

＊ وحدثني مالك عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن انه قال قدم على عمر بن الخطاب رجل من أهل العراق فقال لقد جئتك لأمر ماله رأس ولا ذنب فقال عمر ما هو قال شهادات الزور ظهرت بأرضنا فقال عمر أوقد كان ذلك قال نعم فقال عمر والله لا يؤسر رجل في الاسلام بغير العدول

(فصل) وقوله صلى الله عليه وسلم الذي يأتي بشهادته قبل أن يسألها قد تقدم من تأويل مالك في ذلك ما فيه التأويل فيه ويحتمل قوله يأتي بها أن يأتي بها الى صاحب الحق فيعلمه به من غير أن يعلم بذلك صاحب الحق والى هذا ذهب الشيخ أبو اسحق ويحتمل أن يريد بذلك انه يأتيها قبل أن يسألها يعني انه اذا سئل أداءها بادر بذلك فأسرع اليه ولم يحوج الى تكرار السؤال كما يقال فلان يعطيك قبل أن تسأله ويجيبك قبل أن تسأله يريدون بذلك سرعة عطائه وسرعة جوابه ولا يصح أن يريد بذلك أن يأتي بها الحاكم فيؤديها عنده قبل أن يسأله صاحب الحق اياها لان الحاكم لا يسمعها منه اذا لم يقم صاحب الحق بها وأما ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال خيركم [illegible] ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم ثم يأتي قوم يشهدون ولا يستشهدون ويحلفون ولا يستحلفون [illegible] في الحديث الذي يريد [illegible] والله أعلم (ص) مالك عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن انه قال قدم على عمر بن الخطاب رجل من أهل العراق فقال لقد جئتك لامر ماله رأس ولا ذنب فقال عمر وما هو فقال شهادة الزور ظهرت بأرضنا فقال له عمر أو قد كان ذلك قال نعم فقال عمر والله لا يؤسر رجل في الاسلام بغير العدول (ش) قوله جئتك لأمر ماله رأس ولا ذنب معناه ليس له أول ولا آخر وهذا مما تستعمله العرب على وجهين أحدهما يريدون به الكثرة فيقولون هذا جيش له أول ولا آخر اذا أخبروا عن كثرته والوجه الثاني يريدون به الامر المبهم الذي لا يعرف وجهه ولا يهتدى لاصلاحه [illegible] ليس لهذا الأمر أول ولا آخر بمعنى انه مبهم ليس له وجه [illegible] ويحتمل الأمرين جميعا يحتمل أن يريد الكثرة في شهادة الزور وأن يريد به [illegible] الشهادة [illegible] لا يهتدى لاصلاحه

(فصل) وقوله شهادة الزور [illegible] شهادة الباطل ظهرت بأرضنا بعد أن لم تكن [illegible] أرضهم [illegible] ويروى [illegible] بها الدواء أو البقاء والبراءة وشهادة [illegible] ولا ضرر في ذلك [illegible] يشهدون الزور [illegible] [illegible] عن أبي بكرة [illegible] عن النبي صلى الله عليه وسلم قال ألا أنبئكم [illegible] قالوا بلى يا رسول الله قال الاشراك بالله وعقوق [illegible] وجلس وكان متكئا

ألا وقول الزور فما زال يكررها حتى قلنا ليته سكت

(فصل) وقول عمر أوقد كان ذلك دليل على انه أمر لم يتقدم علمه به ولا عهده بذلك البلد قبل اخبار هذا المخبر وذلك ان جميع الصحابة ومن آمن بالنبي صلى الله عليه وسلم في زمنه ورآه وكانوا عدولا بتعديل الله اياهم واخباره انهم خير أمة أخرجت للناس وقوله تعالى محمد رسول الله والذين معه أشداء على الكفار رحماء بينهم تراهم ركعا سجدا يبتغون فضلا من الله ورضوانا سيماهم في وجوههم من أثر السجود الآية وبهذا كان التعديل في حياة النبي صلى الله عليه وسلم يبين ذلك ما روى عن عبد الله بن عتبة قال سمعت عمر بن الخطاب يقول ان ناسا كانوا يأخذون بالوحي في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وان الوحي قد انقطع وانما نأخذكم الآن بما ظهر لنا من أعمالكم فمن أظهر لنا خيرا أمناه وقربناه وليس لنا من سريرته شئ الله يحاسبه في سريرته ومن أظهر لنا شرا لم نؤمنه ولم نصدقه وان كانت سريرته حسنة فلما كان هذا حكم الصحابة كان الأمر في زمن النبي صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وصدرا من زمن عمر على ان كل مسلم عدل لانه لم يكن في المسلمين غير صحابي وهم عدول فلما أخبر عمر بما أحدث من ذلك قال أوقد كان ذلك لانه قد كان يظن الأمر على ما عهد فلما أخبر انه قد كان قال والله لا يؤسر رجل في الاسلام بغير العدول (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان ثبت على شاهد انه شهد بزور فان كان لنسيان وغفلة فلا شئ عليه ومن كثر منه ذلك ردت شهادته ولم يحكم بها لفسقه فأما من ثبت عليه انه تعمد ذلك فانه على ضربين أحدهما أن يقر بتعمد ذلك والثاني أن يرجع عن شهادته بعد أدائها فأما ان أقر بتعمد شهادة الزور فانه يعاقب وروى ابن وهب عن مالك انه يجلد قال ابن الماجشون يضرب بالسوط قال ابن القاسم يضربه القاضي قدر ما يرى وقال ابن كنانة يكشف عن ظهره قال ابن عبد الحكم يضرب ضربا موجعا (فرع) وروى ابن وهب عن مالك أنه يطاف به ويشهر وقال ابن الماجشون يطاف به في الأسواق والجماعات وقال ابن عبد الحكم يشهر في المساجد والحلق قال ابن القاسم في مجالس المسجد الأعظم وروى ابن المواز وغيره عن مالك يسجن وروى مطرف عن مالك ولا أرى الحلق والتسخيم (فرع) وهل تقبل شهادته اذا تاب وروى ابن المواز عن أشهب عن مالك لا تقبل شهادته أبدا زاد عنه ابن نافع وان تاب وهي رواية ابن القاسم في المدونة وروى علي عن ابن القاسم في الموازية تقبل شهادته اذا تاب وأظنه لمالك وجه رواية أشهب وابن نافع انه مما يسر ولا طريق الى معرفة صلاح حاله ووجه الرواية الثانية ان هذا نوع فسق فلا يمنع قبول الشهادة بعد التوبة كالقذف (فرع) فاذا قلنا تقبل شهادته اذا تاب فبأي شئ تعرف توبته قال ابن المواز تعرف بالصلاح والدؤب في الخير وقد أشار اليه ابن الماجشون ووجه ذلك ان حاله الأولى كانت حال عدالة في الظاهر وقد وقع منه معها ما دل على انها غير عدالة فلا تثبت له توبة الا بزيادة خير على ما كان عليه عند وجود شهادة الزور منه كالقاذف اذا كان عدلا حين قذفه

(فصل) وقول عمر والله لا يؤسر رجل في الاسلام بغير العدول قيل معناه لا يحبس والأسر الحبس ويحتمل أن يريد به لا يملك ملك الاسر لاقامة الحقوق عليه الا بالصحابة الذين جميعهم عدول أو بالعدل من غيرهم فمن لم يكن من الصحابة ولم تعرف عدالته لم تقبل شهادته وهذا مذهب مالك والشافعي وقال أبو حنيفة مجرد الاسلام يقتضي العدالة فكل من أظهر الاسلام حكم له بالعدالة وقبلت شهادته حتى يعرف فسقه وحكى عنه أبو بكر الرازي ان ذلك الى زمن أبي حنيفة لان القرن الثالث آخر القرون التي أثنى عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم وأما من بعد القرن الثالث فلا يكفي في عدالتهم مجرد

الاسلام والدليل على مانقوله قوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء وقال وأشهدوا ذوى عدل منكم وهذا شرط اعتبار الرضى والعدالة وذلك معنى يزيد على الاسلام أو على اظهاره ودليلنا من جهة القياس ان العدالة لما كانت شرطا في صحة الشهادة كان الجهل بوجودها مثل العلم بعدمها كالاسلام وقد روى عن عمر بن الخطاب انه كتب الى أبي موسى الأشعرى ان المسلمين عدول بعضهم على بعض يحتمل أن يكون ذلك قبل أن يبلغه ما بلغ ويحتمل أن يكون معنى ذلك أن الاسلام شرط في العدالة وانه لا يقبل أحد غيرهم لانه محال أن يريد به قبول شهادة مسلم علم منه فسق والله أعلم (مسئلة) وللشاهد صفات لا يجوز أن يعرى منها أن يكون بالغا حرا عاقلا مسلما عدلا عارفا بالشهادة وصفة تحملها التى يجوز معها اقامتها متحرزا فيها وانما شرطنا البلوغ لقوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا وقوله تعالى ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه وهذه صفة البالغ المكلف لان الأمر والنهى لا يتوجه الا اليه ومن جهة المعنى ان الشاهد انما يجب أن يكون ممن يخاف ويتحرج من الاثم فيشهد بالحق ويتوقى الباطل والصغير لا يأثم بشئ ولا يخاف عقوبة فلا شئ يردعه من كتمان الحق والشهادة بالباطل وانما شرطنا العقل لان عدمه معنى ينافى التكليف كالصغر (فرع) اذا ثبت ذلك فقد روى أبو زيد عن ابن القاسم فى العتبية فى ابن خمس عشرة سنة لم يحتلم لا تجوز شهادته الا أن يحتلم أو يبلغ ثمان عشرة سنة فتجوز شهادته وقال ابن وهب تجوز شهادة ابن خمس عشرة سنة وان لم يحتلم وجه قول ابن القاسم ان هذا لم يحتلم ولا بلغ السن الذى لا يبلغه غالبا الا محتلم فأشبه ابن عشرة أعوام لان الخمس عشرة سنة قد يبلغها من لا يحتلم واحتج ابن وهب فى ذلك بان النبى صلى الله عليه وسلم أجاز ابن عمر وهو ابن خمس عشرة سنة قال ابن عبد الحكم وغيره فى غير العتبية انما أجازه لما رآه مطيقا للقتال ولم يسأله عن سنه وليس فى هذا دليل على انه حد للبلوغ (مسئلة) وانما شرطنا الحرية خلافا لمن قال شهادة العبد مقبولة لان الرق نقص يمنع الميراث فنافى الشهادة كالكفر (مسئلة) وانما شرطنا الاسلام خلافا لمن جوز شهادة الكفار على المسلم فى الوصية حال السفر وان كانوا مجوسا لقوله تعالى ممن ترضون من الشهداء ولقوله واشهدوا ذوى عدل منكم ولم يخص سفرا من حضر والدليل على ما نقوله ان هذه حالة من أحوال الانسان فلم تجز فيها شهادة الذمى على المسلم كحال الاقامة واما تعلقهم بقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم اذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم ان أنتم ضربتم فى الأرض فأصابتكم مصيبة الموت تحبسونهما من بعد الصلاة فيقسمان بالله ان ارتبتم لا نشترى به ثمنا ولو كان ذا قربى ولا نكتم شهادة الله انا اذا لمن الآثمين فان عثر على انهما استحقا اثما فآخران يقومان مقامهما من الذين استحق عليهم الأوليان فيقسمان بالله لشهادتنا أحق من شهادتهما وما اعتدينا انا اذا لمن الظالمين ذلك أدنى أن يأتوا بالشهادة على وجهها أو يخافوا أن ترد أيمان بعد أيمانهم قالوا فوجه الدليل من ذلك ما روى عن ابن عباس انه قال خرج رجل من بنى سهم مع تميم الدارى وعدى بن بداء فمات السهمى بارض ليس فيها مسلم فلما قدما بتركته فقدوا جاما من فضة مخوصا بذهب فاحلفهما رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم وجدوا الجام بمكة فقالوا ابتعناه من تميم وعدى فقام رجلان من أوليائه فحلفا لشهادتنا أحق من شهادتهما وان الجام لصاحبهم قال ابن عباس وفيهم نزلت هذه الآية يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم اذا حضر أحدكم الموت والجواب أن الآية لا تتضمن شيأ مما ذكرتم وقد قال الحسن البصرى

ان معنى قوله تعالى ذوا عدل منكم يريدون قبيلكم أو آخران من غيركم يريد من غير الاسلام فلا يكونان شهيدين ويكون حكمهما ما تضمنته الآية من استحلافهما *وجواب ثالث وهو ان سبب نزول هذه الآية وما ذكر في ذلك عن ابن عباس ينافي الشهادة ولذلك استحلفوا ولو كانوا شهودا لم يستحلفوا لانه لا خلاف في ان الشاهد لا تجب عليه يمين وانما يستحلف من ادعى عليه حق ولذلك روى عن مجاهد أنه قال معنى الآية أن يموت الرجل فيحضر موته مسلمان أو كافران لا يحضره غيرهما فان رضي ورثته ما غاب عليه من التركة فذلك ويحلف الشاهدان انهما الصادقان فان غيرا وجد لطخ أو لبس أو شبه حلف الاوليان من الورثة واستحقا وأبطلا أيمان الشاهدين وقد يسمى الحالف شاهدا ويقول الحالف أشهد بالله ولذلك روى عن النخعي كانوا يضربوننا على الشهادة والعهد يعني على اليمين على هذا الوجه (فرع) ولا تجوز شهادة الذمي على ذمي خلافا لأبي حنيفة في قوله ان ذلك جائز والدليل على ذلك قوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم والعدالة تنافي الكفر ودليلنا من جهة القياس ان من لا تجوز شهادته على مسلم لم تجز شهادته على كافر كالمجوسي والحربي (مسئلة) ولا تجوز شهادة الفاسق لان من شرط الشهادة العدالة لما تقدم وانما يراعى في هذه الصفات وقت الأداء لا وقت التحمل فلو تحمل الشهادة وهو صغير عبد كافر ثم أداها بعد ان أسلم وبلغ وأعتق وكملت له صفات الشهادة قبلت شهادته ولو تحملها في حال عدالته ثم أداها في حال فسق لم تقبل شهادته وكذلك لو أشهدوا على شهادته في حال فسقه ثم أداها [illegible] بلغ العدالة لم تصح شهادتهم لان الاعتبار في ذلك [illegible] وقت [illegible] على شهادته قال ذلك سحنون قال وهو قياس قول مالك وأصحابه (فرع) ولو شهد الشاهدان بها عند الحاكم فرد [illegible] المعنى من هذه المعاني ثم زال من ذلك المعنى لم يصح أداؤها لهما ولو أدياها لم يجز للحاكم الحكم بها هذا قول مالك والشافعي وقال الحكم بن عيينة ان ردت شهادته لصغر أو رق أو كفر قبلت بعد ذلك وان ردت لفسق أو تهمة لم تقبل بعد ذلك مثل أن يشهد لزوجته بشيء [illegible] ثم يطلقها فانه لا تقبل لها في تلك الشهادة وبه قال أبو حنيفة والدليل على ما نقوله ان [illegible] رد شهادته لمعنى فيه أوجب ردها لم يجز قبوله فيها [illegible] ذلك المعنى كالفسق (مسئلة) وانما شرطنا أن يكون عالما [illegible] الشهادة لانه من [illegible] لم يؤمن عليه الغلط فيها [illegible] في صحتها وانما شرطنا أن يكون متحرزا فيها لان من لم يكن متحرزا لم يؤمن [illegible] فيشهد بالباطل ولم يعلم (مسئلة) [illegible] من شرطه أن لا يكون مولى عليه روى أشهب عن مالك في العتبية [illegible] شهادة المولى عليه تجوز ان كان عدلا قال ابن المواز وهذه رواية ابن [illegible] وقال أشهب لا تجوز شهادته [illegible] مثله لو طلب ماله أخذه قال ابن المواز و [illegible] قال ولا تجوز [illegible] في المال حتى [illegible] وان كانت من أهل العدل وجه القول الأول قوله تعالى وأشهدوا ذوي عدل منكم ولم [illegible] بين المولى وغيره وانما الولاية عليه لقلة معرفته بحفظ المال [illegible] وذلك لا [illegible] قبول شهادته مع العدالة ووجه القول الثاني ان من شرط [illegible] بشرف التحرز فاذا لم يكن [illegible] في حفظ ماله ولا يوثق [illegible] فان لا يوثق به في أداء شهادته أولى

(فصل) اذا ثبت ذلك فالشهود على ثلاثة أقسام [illegible] عدالته وقسم [illegible] وقسم يجهل أمره فأما القسم الاول [illegible] الحكم بشهادته ان لم يكن للمحكوم عليه مدفع فيها قال سحنون في العتبية [illegible] الرجل المشهور بالعدالة [illegible]

الحاكم من معرفته مثل ما عند من يعدله فهذا الذي على الحاكم أن يقبله وروى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم اذا كان القاضي يعرف الرجل وكان يزكيه عند غيره لو لم يكن قاضيا فهذا الذي يسعه قبول شهادته وأما الضرب الثاني وهو من يعرف فسقه فلا يجوز له أن يحكم بشهادته بل يجب عليه ردها وذلك على ضربين أحدهما أن يعرف الحاكم فسقه والثاني أن يجرح عنده بانه يرتكب محظورا كالزنا والسرقة وشرب الخمر والعمل بالربا قال الشيخ أبو اسحاق ولا تقبل شهادة أحد من أهل الأهواء وان كان لا يدعو الى بدعته وتقبل شهادة القراء في جميع الأشياء الا شهادة بعضهم على بعض فانهم يتحاسدون كالضرائر وقد اختلف في شهادة القراء بالألحان وأحب الى أن لا تجوز والبخيل الذي ذمه الله ورسوله هو الذي لا يؤدي الزكاة فمن أدى زكاة ماله فليس ببخيل ولا ترد شهادته وقال بعض أصحابنا ان شهادة البخيل مردودة وان كان مرضي الحال يؤدي زكاة ماله لانه ساقط المروءة وذلك يمنع قبول الشهادة وكذلك ترد شهادة من يترك واجبا كترك الصلاة والصيام حتى يخرج الوقت المشروع لها وأما ترك الجمعة فجرحة في الجملة واختلف في تركها مرة واحدة فقال أصبغ هي جرحة كالصلاة من الفريضة فتركها مرة واحدة فيؤخرها عن وقتها وهذا ظاهر ما روى عن ابن القاسم في العتبية وقال سحنون لا يكون جرحة حتى يتركها ثلاثة متوالية ومثله روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون عن مالك (مسئلة) وهذا ما كان من العبادات على الفور وأما ما كان على التراخي فانها لا تبطل شهادته حتى يترك ذلك المدة الطويلة التي يغلب على الظن تهاونه بها مع تمكنه من أدائها قال سحنون فمن كان صحيح البدن متصل الوفر قد بلغ عشرين سنة الى ان بلغ ستين سنة فلا شهادة له وان كان من أهل الأندلس يريد اذا ترك الحج (مسئلة) وأما ترك المندوب اليه بما كان منه يتكرر ويتأكد كالوتر وركعتي الفجر وتحية المسجد وما قد واظب عليه الناس فان أخل أحد بفعله مرة أو مرارا لعذر أو غير عذر فلا تسقط بذلك عدالته وأما من أقسم أن لا يفعله أو تركه جملة فان ذلك يسقط شهادته والأصل في ذلك قوله تعالى ولا يأتل أولو الفضل منكم والسعة أن يؤتوا أولى القربى والمساكين والمهاجرين في سبيل الله وما روى عن عائشة قالت سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم صوت خصوم بالباب عالية أصواتهما فاذا أحدهما يستوضع الآخر ويسترفقه في شئ وهو يقول والله لا أفعل فخرج عليهما رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أين المتألي أن لا يفعل المعروف فقال أنا يا رسول الله فله أي ذلك أحب فوجه الدليل فيه أن النبي صلى الله عليه وسلم أنكر عليه يمينه بذلك انكارا اقتضى اقلاعه عنه وتوبته منه فمن أصر على مثل ذلك وجب رد شهادته وأما الذي قال للنبي صلى الله عليه وسلم حين أخبره بالفرائض والله لا أزيد على هذا ولا أنقص منه فانه لم يحلف على أن لا يأتي بنافلة ولا يعمل شيأ من الخير ولكنه أقسم أن لا يفعل على وجه الوجوب غير ما أخبره به النبي صلى الله عليه وسلم عن وجوبه وان أجاز أن يفعل غير ذلك من جنسه على وجه النفل ويحتمل أن يريد بذلك انه لا يزيد عليه زيادة تفسده فلا يزيد على ركعات الصلاة فيصليها خمسا ولا ينتقص منها فيصليها ثلاثا وان جوز أن يزيد فيها وينقص منها ما لا يخل بصحتها

(فصل) وأما من جهل الحاكم أمره فلا يعرفه بعدالة ولا فسق فلا يخلو أن يتناول شهادة ما يعدم شهادة أهل العدل فيه في الأغلب أو ما لا يعدم ذلك منه فأما ما يعدم ذلك فيه فمثل شهادة أهل الرفقة بعضهم على بعض فيما يختص بمعاملات السفر من بيع أو شراء أو قرض أو كراء أو قضاء وما

جرى مجرى ذلك فأما بيع العقار والأموال التي لم تجر العادة ببيعها في السفر فلا يقبل فيها الا العدول
وكذلك ما شهد به بعضهم على بعض فيما يوجب الحد أو الضرب كالسرقة والتلصص والزنا والغصب
الموجب للضرب فلا يقبل في ذلك الا أهل العدالة وانما تجوز شهادة التوسم في الأموال لصلاح
السفر واتصال السبل ورروى ذلك ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون ووجه ذلك ما احتج
به الشيخ أبو اسحاق من قوله تعالى واسأل القرية التي كنا فيها والعير التي أقبلنا فيها وانا لصادقون ومن
جهة المعنى ما تدعو اليه الضرورة في السفر من قبول أهل الرفقة ومن لا يكاد يوجد فيها غيرهم
(مسئلة) وانما يقبلون على التوسم وذلك أن يتوسم فيهم الحاكم الحرية والاسلام زاد الشيخ أبو
اسحاق والمروءة والعدالة ولا يمكن المشهود عليه من تجريحهم لان من اجترأ على غير العدالة لا يمكن
من تجريحه كالصبيان وان ارتاب السلطان ريبة قبل الحكم فان كان سبب الريبة قطع يد أو رجل
أو جلد ظهر فليتوقف و يتثبت في توسمه فان ظهر له نفي تلك الريبة والا أسقطهم ولو شهد منهم واحد
أو امرأة أو عدد لا توسم ان الذين قبلوا بالتوسم عبيد أو مسخوطون وذلك قبل الحكم فان السلطان
يتثبت فيهم ويكشف عنهم فان ظهر له بعض ما قيل أمسك عن امضاء شهادتهم وان لم يظهر له ذلك حكم
بها وان كان ذلك بعد الحكم بشهادتهم فلا ترد بشئ مما ذكرناه قبل هذا الا أن يشهد عدلان انهما أو
أحدهما على صفة تمنع قبول الشهادة (مسئلة) وأما اذا تناولت شهادة الشاهدين مالا يعدم شهادة
أهل العدل فيه غالبا فانه لا يقبل شهادتهما الا بعد التزكية روى ابن حبيب عن مطرف وابن
الماجشون ليس تعديل الشهداء الى المشهود عليه وانما ذلك الى الحاكم ينظر في ذلك لنفسه سمى
له ذلك المشهود عليه أو لم يسم وفي ذلك خمسة أبواب * الباب الأول في عدد المزكين * والباب
الثاني في صفة المزكى * والباب الثالث في معنى العدالة ومايلزم المزكى من معرفة ذلك * والباب
الرابع في لفظ التزكية * والباب الخامس في تكرار التعديل ومايلزم منه

(الباب الاول في عدد المزكين)

وذلك على وجهين تزكية علانية وتزكية سرية فأما تزكية العلانية ففي المجموعة من رواية ابن
القاسم عن مالك لا يجزئ في التزكية أقل من اثنين ووجه ذلك قوله تعالى واستشهدوا شهيدين من
رجالكم وهذا في كل شئ الا في تزكية شهود الزنا فقد روى ابن حبيب عن مطرف عن مالك لا يعدل
كل واحد الا بأربعة وقال ابن الماجشون يجوز في تعديلهم ما يجوز في تعديل غيرهم اثنان على
كل واحد أو أربعة لجميعهم (مسئلة) وأما تزكية السر فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن
الماجشون وأصبغ ينبغي أن يكون للحاكم رجل عرف دينه وفضله وميزه وتحرزه لا يعرفه أحد
سوى الحاكم فيبحث عن أحوال الناس ويكتم بذلك فاذا كلفه القاضي أن يتعرف له حال شاهد
تسبب الى ذلك بالبحث والسؤال من حيث لا يعلم به أحد ثم يعلم الحاكم بما عنده من ذلك فهذه تزكية
السر (فرع) وكم عدد المزكين في السر ففي المجموعة من رواية ابن القاسم عن مالك يكفي في
ذلك الرجل الواحد العدل وفي العتبية من رواية ابن القاسم عن مالك لا أحب أن يسأل في السر
أقل من اثنين وقال سحنون لا يقبل في السر الا اثنان وجه القول الأول انه نائب عن الحاكم
فاقتضى ذلك انفراده ووجه القول الثاني أنها شهادة في تعديل كتزكية العلانية (مسئلة)
والأفضل في التعديل أن يجمع بين السر والعلانية وقال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون
وأصبغ لا ينبغي أن يكتفى بتعديل العلانية دون تعديل السر وقد يجزى تعديل السر عن تعديل

العلانية ووجه ذلك أن تعديل السر لا يجتزى في ذلك السائل الا بالخبر الفاشي المتكرر المتحقق الذي يقع به العلم للمستخبر ولذلك لا يعذر فيه الى أحد وأما تعديل العلانية فيقبل في ذلك شاهدان فلا يقوى قوة ما يقع به العلم ولذلك يعذر فيه الى المشهود عليه فاذا أمكن أن يجمع بين الأمرين فهو أولى ليستوى في تعديله السر والجهر وان اقتصر في الرجل المشهور الفضل بتزكية السر فلا بأس بذلك لما عليه من الغضاضة بمطالبته بالتزكية والتوقف في قبول شهادته حتى يزكى فان لم تعلم حالته بالسؤال في السر عن أمره ولم يوجد من يخبر بذلك عنه الا الرجلان والثلاثة اضطر في أمره الى تزكية العلانية واجتزئ بها في الذي لم تشتهر عينه وفي المدونة يكفي في ذلك أن يزكى في السر أو العلانية والله أعلم وأحكم

(الباب الثاني في صفة المزكى)

روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وابن عبد الحكم وأصبغ لا يجوز تعديل الرجل وان كان عدلا حتى يعرف وجه التعديل ورواه مطرف عن مالك وقال سحنون من رواية ابنه عنه لا تقبل تزكية الابله من الناس وقال سحنون وليس كل من تجوز شهادته يجوز تعديله ولا يجوز في التعديل الا المبرز النافذ الفطن الذي لا يخدع في عقله ولا يستزل في رأيه ووجه ذلك أن معرفة أحوال الناس ومعرفة الجائز منها من غيره مما يخفى ولا يعلمه الا آحاد الناس وأهل الميز والحذق منهم وأما دفع عقد الى شاهد يشهد فيه بما يشهده عليه المتعاقدان في بيع أو غيره فذلك أمر ظاهر يبعد من الخطأ والمخادعة لمن له أقل معرفة وأيسر جزء من التحرز (فرع) ولا يجوز أن يكون المعدلان غير معروفين عند الحاكم فيزكيان عنده اذا كان شاهد الأصل من أهل البلد وان كان غريبا جاز ذلك قاله مالك في المدونة وغيرها ووجه ذلك أن الغريب قد يكون مجهول الحال في البلد فلا يعرف عدالته الا من يعرف الحكم فيحتاج أن يعرف به وأما المساكن بالبلد فحاله في الأغلب معلومة كحال المزكى له فلا يقبل في تزكيته الا أهل العدالة على ما وصفنا قبل هذا

(الباب الثالث في معنى العدالة ومايلزم المزكى من معرفة ذلك)

من لا يعرفه الحاكم بهذه الصفة يطلب فيه التزكية قال سحنون يزكيه عنده من يعرف باطنه كما يعرف ظاهره من صحبه الصحبة الطويلة وعامله بالأخذ والاعطاء قال ابن سحنون عن أبيه في الحضر والسفر * قال مالك كان يقال لمن مدح رجلا أصحبته في سفر أخالطته في مال * قال مالك في الرجل يصحب الرجل شهرا فلا يعلم منه الا خيرا لا يزكيه بهذا وهو كبعض من يجالسك وليس هذا باختبار وقال يحيى بن يحيى عن ابن القاسم في الشاهد لا يعرفه القاضي بعدالة ولا فساد الا أنه ممن يحضر الصلوات في المساجد قال سحنون يعرفه بظاهر جميل من أهل المساجد والجهاد قال ابن القاسم لا يقبل شهادته ويطلب فيه التزكية قال سحنون لا يزكيه بذلك (مسئلة) اذا ثبت أن التزكية تفتقر الى أن يعرف المزكى من حال الشاهد ما ذكرناه ففي العتبية عن سحنون ما معناه انه لا يؤثر في ذلك أن يقارف بعض الذنب كالامر الخفيف من الزلة والفلتة فمثل هذا لا يمنع من عدالته * قال مالك من الناس من لا تذكر عيوبهم يكون عيبه خفيفا والامر كله حسن ولا يعصم أحد من أهل الصلاح وتقبل شهادة اللاعب بالشطرنج ولو لم تقبل الا ممن لا يقارف شيأ من العيوب ماقبلت لأحد شهادة (مسئلة) ويزكى الشاهد وهو غائب عن القاضي قاله ابن القاسم في المدونة معناه والله أعلم انه مشهور العين والاسم عند القاضي والمزكى معروف العين وان لم يكن

كذلك فلا يزكى الا عينه وقد روى ابن سحنون عن أبيه يصح أن يزكى المزكى رجلا لا يعرف اسمه وقاله ابن كنانة * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه ومعنى ذلك عندي انه زكاه على عينه وان هذا أمر يقل ويندر اذا كان لا يصح تزكيته له الا بعد المداخلة في السفر والحضر والمعاملة الطويلة بالاخذ والاعطاء ويكون مع ذلك لا يعرف اسمه الا أن يكون مشهورا بكنية كأبي بكر بن عبد الرحمن بن الحرث بن هشام وأبي بكر بن عباس أو يغلب عليه لقب قد رضيه كأشهب بن عبد العزيز واسمه مسكين وكنيته أبو عمرو وأشهب لقب وكذلك سحنون اسمه عبد السلام وكنيته أبو سعيد وسحنون لقب فمثل هذا يمكن فيه ما قال والله أعلم ومع ذلك فاني أقول ان الجهل باسمه يؤثر في تزكيته وانما يقبل مع ما شرط من سبب معرفته

(الباب الرابع في لفظ التزكية وحكمها)

قد قال مالك من رواية ابن وهب عنه في المزكى يقول لا أعلم الا خيرا * قال مالك ويلقاه في الطريق ولا يعلم منه الا خيرا ولا يجوز هذا قال سحنون ولا يجزئه أن يقول هو صالح وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ يجزئه في ذلك لفظ العدل والرضى وقال القاضي أبو بكر كل لفظ كنى به عن العدل والرضى فانه يجزئ وانما اختير لفظ العدل والرضى لأنه الذي ورد به القرآن قال الله تعالى وأشهدوا ذوي عدل منكم وقال عز من قائل ممن ترضون من الشهداء قال الشيخ أبو القاسم ولا يقتصر على أحد الوصفين من العدل والرضى حتى يجمعهما (فرع) اذا ثبت أن الاعتبار بمعنى العدالة وأن الاختيار لفظ العدالة والرضى فقال مطرف وابن الماجشون وابن عبد الحكم وأصبغ يجزئه أن يقول أراه عدلا رضى وليس عليه أن يقول وأعلمه عدلا رضى جائز الشهادة ولا يقبل منه اذا قال لا أعلمه الا عدلا رضى قال سحنون ولا يقبل منه حتى يقول انه عدل رضى وجه الرواية الاولى أن التعديل اخبار عما يعتقد فيه من الصدق لما ظهر اليه من الاحوال المرضية ولا يصح أن يقطع على مغيبه وجه الرواية الثانية التزكية وان الرضى والعدالة متعلقة بما ظهر اليه من أحواله وذلك مقطوع به

(الباب الخامس في تكرير التعديل وما يلزم منه)

قد روى في المجموعة أشهب عن مالك في الرجل يشهد فيزكى ثم يشهد ثانية قال تقبل شهادته بالتزكية الاولى وليس الناس كلهم سواء منهم المشهورون بالعدالة ومنهم من يغمص منه الناس قال ابن كنانة أما الذي ليس بمعروف فانه يؤتنف فيه تعديل ثان وأما المشهور بالعدالة فالتعديل الاول يجزئ فيه حتى يجرح بأمر بين وروى ابن حبيب عن مالك ومطرف وابن الماجشون ليس عليه ائتناف تعديل الا أن يغمز فيه بشيء أو يرتاب منه ولا يزيده طول ذلك الا خيرا وجه القول الاول الذي ليس بمشهور العين ولا مشهور العدالة فانه يمكن أن يكون فيه أحوال خفيت عن المعدلين وربما يتعذر تجريحه على المشهود عليه لخفاء عينه وقلة العلم به فيؤتنف فيه التعديل ليحقق أمره ويستبرأ حاله ووجه القول الثاني ان الحكم الاول بتعديله باق لا ينقضه التجريح والارتياب فلا يلزم تجديد حكم آخر فيه (فرع) فاذا قلنا انه يؤتنف فيه التعديل فقد قال أشهب في المجموعة ان شهد مرة ثانية بعد زمان الخمس سنين ونحوها فليسئل عنه المعدل الاول فان كان قد مات عدل مرة أخرى والا لم يفعل وروى عيسى عن ابن القاسم في العتبية ان كانت الشهادة الثانية قريبة من الاشهر وشبهها ولم يطل جدا لم يكلف تزكية وان كان قد طال فليكشف عنه ثانية طلب ذلك المشهود عليه أو لم يطلب

والسنة كثير (مسئلة) ومن الذي يكلف تعديله في العتبية من رواية يحيى بن يحيى عن ابن القاسم انه يسأله من يعدله فان لم يأته بذلك فلا يقبله قال سحنون ولا يطلب التزكية من الشاهد وذلك على الخصم وانما عليه أن يجيز الحكم بمن يعرفه ومن يعدله * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه وهذا هو الأظهر عندي فاذا قلنا بذلك فان الحاكم يكلف من يشهد له يزكيه من لا يعرفه فان زكاه والا رد شهادته لقوله تعالى ممن ترضون من الشهداء واذا لم يعرف عدالته لم يرضه ص ﴿ مالك انه بلغه أن عمر بن الخطاب قال لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين ﴾ ش قوله لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين قال ابن كنانة في المجموعة الخصم في هذا الحديث الرجل يخاصم الرجل في الامر الجسيم مثله يورث العداوة والحقد فمثل هذا لا تقبل شهادته على خصمه في ذلك الامر وفي غيره وان خاصمه فيما لا خطب له كثوب قليل الثمن ونحوه مما لا يوجب عداوة فان شهادته عليه في غير ما يخاصمه فيه جائزة وقال يحيى بن سعيد الخصم في هذا الحديث الوكيل وقاله ابن وهب * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه والوجهان عندي محتملان فيحتمل أن يريد به العدو المخاصم ويحتمل أن يريد به الوكيل على خصومته لا تقبل شهادته على ما يخاصم فيه (مسئلة) وكذلك اذا كان حقا لله تعالى فقام به أحد يطلبه ويخاصم فيه فانه لا تقبل شهادته فيه قاله ابن القاسم في العتبية وروى ابن حبيب عن مطرف ان شهادته جائزة وجه قول ابن القاسم ان الناس قد جبلوا على أن من خاصم في شيء ان له اتمامه والنفاذ فيه فلا يؤمن على هذا المخاصم أن يزيد في شهادته ما ينفذ به فيما يحاوله ووجه قول مطرف ان هذا حق لله تعالى فلا يتهم أحد فيه لان الواجب على كل أحد القيام به ولو لم تقبل شهادة قائم به لما قبلت شهادة أحد لان كل أحد يتعين عليه القيام به والقائم به لا يجر به منفعة الى نفسه فلا يمنع ذلك من قبول شهادته (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان خصومتهما معتبرة بالتهمة في أداء الشهادة فان أداها قبل الخصومة ثم حدثت الخصومة قبل الحكم * قال القاضي أبو الوليد فالصواب عندي الحكم بها وان تحملها قبل الخصومة ثم حدثت الخصومة فان كان أشهد بها قبل الخصومة ثم أداها بعد الخصومة فهي جائزة حكاه الشيخ أبو محمد في نوادره عن ابن الماجشون وان لم يشهد بها وأداها في حال الخصومة أو بعدها بالقرب منها فهي غير جائزة وان كان بعدها مدة لا تلحق في مثلها التهمة جازت الشهادة وان أداها قبل العداوة ثم حدثت العداوة قبل الحكم بها فقد قال ابن القاسم وأشهب ان الشهادة ماضية يجب الحكم بها (فرع) وقوله ولا تجوز شهادة خصم ولا ظنين يريد لا يجوز أداؤها وأما تحملها فمعتبر بوقت أدائها وللشهادة حالان حال تحمل وحال أداء وانى أفرد لكل واحد منهما بابا ان شاء الله تعالى

(الباب الأول في تحمل الشهادة)

أما تحمل الشهادة فعلى ثلاثة أضرب أحدها تحمل نقلها من الأصل والثاني تحمل نقلها عن الشهود والثالث تحمل نقل حكمها عند الحاكم فاما تحمل نقلها من الأصل فعلى ضربين أحدهما أن يسمع لفظ الذي عليه الحق بالشهادة له أو اقراره والضرب الثاني أن يشهد على ما تقيد في كتاب فاما الضرب الاول وهو أن يسمع ما يشهد به فهو اذا وعاه جاز له أن يشهد به ويلزمه ذلك اذا لم يقم بالشهادة غيره وتجوز على هذا شهادة الأعمى خلافا لأبي حنيفة في قوله لا تجوز ما تحمل حال العمى وللشافعي في قول ولا تجوز شهادته الا أن يكون المشهود له والمشهود عليه في يده الى أن تؤدى الشهادة بالاشارة اليهما والدليل على ما نقوله ان كل من صح منه معرفة المقر والمقر له جاز أن تقبل شهادته

* وحدثني مالك انه بلغه أن عمر بن الخطاب قال لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين

بينهما مع العدالة كالبصر والأعمى يعرف ذلك بمعرفة الصوت يدل على ذلك ما احتج به سحنون من انه يجوز له أن يطأ امرأته بمعرفة صوتها ويؤيد ذلك انه يجوز له أن يحلف على حقه بمعرفة صوت مبايعه والمقترض منه قال المغيرة وابن نافع وسحنون سواء ولد أعمى أو عمي بعد ذلك (مسئلة) وأما اذا لم يع جميع ما شهد به فان كان نسي منه ما لا يخل بما حفظ فليشهد بما حفظ وتيقنه دون ما يشك فيه وان كان نسي ما يخاف أن يكون مؤثرا لما حفظ ومغيرا لحكمه فلا يشهد به وهذا حكم الاقرار فيمن سمع رجلا يحدث غيره بما فيه اقرار ففي المدونة عن ابن القاسم قال مالك في الرجل يمر بالرجلين يتكلمان ولم يشهداه فيدعوه أحدهما الى الشهادة انه لا يشهد قال ابن القاسم الا ان يستوعب كلامهما * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه وذلك عندي على وجهين أحدهما أن يكون لمالك في ذلك قولان أحدهما انه لا يشهد به على الاطلاق مخافة الاستغفال والتحيل على المقر والثاني انه يلزمه أداء الشهادة اذا استوعب الكلام ولم يفته ما يخاف أن يخل بالمعنى والوجه الثاني أن يكون ما قاله ابن القاسم تفسيرا لقول مالك والوجه الاول أظهر لقول ابن القاسم قول مالك الاول لا يشهد وفي الموازية عن مالك ما يقوى هذا التأويل فيمن سمع رجلين يتنازعان فأقر أحدهما للآخر ولم يشهد السامع لا يشهد الا أن يكون قاذفا وقال أشهب هذه رواية فيها وهم وليشهد بما سمع من اقراره وان لم يعلم المقر له فليعلمه وقد اختلف قول مالك وأقوال أصحابه فيما يتعلق بهذا المعنى ويرجع اليه ففي العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم في شهادة المختفي على الاقرار اذا كان المقر ممن يخاف أن يخدع أو يستضعف لم يلزمه ذلك ويحلف انه ما أقر الا لما ذكر من ذلك وأما من لا يخاف عليه ذلك وهو في الخلوة يقر ويجحد عند البينة فعسى أن يلزمه ذلك ورواه ابن المواز عن مالك قال عيسى بن دينار أرى ذلك ثابتا وسئل سحنون عن ذلك فقال حدثنا ابن وهب أن الشعبي وشريحا كانا لا يجيزان ذلك فظاهر ما جاوب به من الرواية الأخذ بها في المنع واختلف قول مالك في الرجلين يتحاسبان بحضرة رجلين ويشترطان عليهما أن لا يشهدا بما يقران به فيقر أحدهما فيطلبهما الآخر بالشهادة فروى ابن القاسم عن مالك يمتنعان من الشهادة ولا يعجلا فان اصطلح المتداعيان والا فليؤديا الشهادة وروى عنه ابن نافع لا أرى بامتناعهما من الشهادة بينهما بأسا وقال الشيخ أبو اسحق لا تجوز شهادة الحاكم بما سمع من الخصوم وكذلك شهادة من توسط بين اثنين (مسئلة) اذا سأل المستفتي فقيها عن أمر ينوي فيه ولو أقر عند الحاكم أو أسر به بينة لم ينو وفرق بينه وبين امرأته فأتته الزوجة تسأله عن الشهادة ففي العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم لا يشهد عليه زاد ابن المواز ولو شهد لم ينفعه الا ان اقراره على غير الاشهاد وما أقر به من طلاق أو حد مما لا رجوع له عنه ثم أنكر فليشهد به عليه وقال الشيخ أبو اسحق ولا تجوز شهادة الفقيه بما يسئل عنه

(فصل) وأما اذا شهد على ما تقيد في كتاب فلا يخلو أن يكون غير مختوم أو مختوما فان كان غير مختوم فعندي انه يلزمه أن يقرأ ما تقيدت به الشهادة في آخر العقد ان كان يقرأ أو يقرأ له ان كان أميا أو أعمى ليعلم بذلك موافقة تقييد الشهادة لما شهد به وان كان الكتاب مختوما ففي المعونة للقاضي أبي محمد اختلف قول مالك فمن دفع الى شهود كتابا مطويا وقال اشهدوا على بما فيه هل يصح تحملهم للشهادة أم لا وكذلك الحاكم اذا كتب كتابا الى حاكم وختمه وأشهد الشهود بأنه كتابه ولم يقرأ عليهم فعنه في ذلك روايتان احداهما ان الشهادة جائزة والاخرى انهم لا يشهدون به الا أن يقرؤه وقت تحمل الشهادة فوجه الجواز انه أشهدهم على اقراره بما في كتاب عرفوه فصح تحملهم للشهادة

وأصله اذا قرأه عليهم واستدل القاضي أبو اسحق لذلك بأن رسول الله صلى الله عليه وسلم دفع كتابا الى عبد الله بن جحش وأمره أن يسير ليلتين ثم يقرأ الكتاب فيتبع ما فيه قال ووجه المنع قوله تعالى وما شهدنا الا بما علمنا واذا لم يقرؤا الكتاب لم يعلموا وانما يشهدون به فلم تجز شهادتهم

(الباب الثاني في حال أداء الشهادة)

أما حال الاداء فان كان يؤدي شهادة حفظها فحكمه أن يكون حافظا لها حين الاداء اما لانه استدام حفظها واما لانه قيدها في كتاب يذكرها منه حال الاداء على وجه لا يشك في صحته وقد يكون ذلك في كتاب يتفقده عند نفسه وقد يكون في كتاب عقد المشهود له به عقدا بما علم في الشاهد من ذلك وهذا يسميه أصحاب الوثائق عقد استرعاء وصفته أن يكتب شهد من تسمى في هذا الكتاب من الشهداء انهم يعرفون كذا ثم يكتب الشاهد شهادته ويسلم العقد الى صاحبه المشهود له فاذا احتاج اليه ودعى الشاهد الى الشهادة لزم الشاهد أن ينظر فيه فان كان ذاكرا لجميعه ويذكر ذلك بقراءته أدى الشهادة على عمومها وان ذكر بعضه شهد بما ذكر منه وان لم يذكر شيأ منه فلا يشهد (مسئلة) وأما ان كان أشهد على عقد تبايع أو نكاح أو هبة أو حبس أو اقرار مما لا يلزم الشاهد حفظه وانما يلزمه مراعاة تقييد الشهادة في آخره فان كان يذكر انه أشهد عليه ويعرف خطه ولا يستريب بشيء من الكتاب في محو ولا بشر ولا الحاق فليؤد الشهادة وعلى الحاكم أن يعمل بها وان استراب بشيء فلا يشهد لانه شاك فيما شهد على حفه بمعرفة صوت مبايعه والمقترض منه وان لم يذكر الشهادة فان ميز خطه ولم يذكر انه أشهد ولا أنه كتبه فقد روى ابن حبيب عن مطرف عن مالك ان عرف خطه ولم يذكر الشهادة ولا شيأ منها فان لم يكن في الكتاب محو ولا ريبة فليشهد بها وان كان في الكتاب محو فلا يشهد ثم رجع فقال لا يشهد وان عرف خطه ثم يذكر الشهادة أو بعضها أو ما يدل منها على أكثرها قال ابن حبيب وبالأول أقول ولا بد للناس من ذلك وبه قال ابن الماجشون والمغيرة وابن أبي حازم وابن دينار وابن عبد الحكم وابن وهب وقال ابن القاسم وأصبغ بقوله الآخر (مسئلة) وأما اذا ذكر انه كتب شهادته وعرف خطه الا أنه لا يذكر ما فيه ففي المدونة من رواية ابن القاسم عن مالك لا يشهد بها ولكن يؤدّيها كما علم ولا يحكم بها وقال سحنون في العتبية اذا عرف خطه في كتاب لا يشك فيه ولا يذكر كل ما في الكتاب فقد اختلف فيه أصحابنا وقوله انه لم ير في الكتاب محوا ولا لحقا ولا ما يستنكره ورأى الكتاب خطا واحدا فليشهد بما فيه وان لم يذكر من الكتاب شيأ ولا يجد الناس من هذا بدا (فرع) اذا ثبت ذلك فصفة اداء الشهادة قال ابن القاسم عن مالك في المدونة لا يشهد بها ولكن يؤديها كما علم ففرق بين الاداء والشهادة فكأنه أشار بالشهادة الى ما يعتقد أنه كامل ويورده ليعمل به وأشار بالاداء الى الاخبار بما عنده وانه غير كامل فلا يعمل به وقال أشهب عن مالك في العتبية في شهادة من رأى خطه في كتاب ولا يذكرها يرفعها الى الامام على وجهها وليقل هذا كتاب شبيه كتابي وأظنه اياه ولا أذكر شهادة ولا أني كتبتها يحكى ذلك ولا يقضى بها وان لم يكن في الكتاب محو وعرف خطه فقد يضرب على خطه وقال ابن الماجشون في الواضحة يشهد الذي لا يعرف الا خطه فيقول ان ما فيه حق وذلك لازم له وان ذكر للحاكم أنه لا يعرف من الشهادة شيأ وقد عرف خطه ولم يرتب في شيء فلا يقبلها وقال سحنون يقول اشهد بما في هذا الكتاب وهذا أمر لا يجد الناس منه بدا ولو أعلم القاضي بذلك رأيت أن يجيز شهادته اذا عرف أن الكتاب خط يده قال وجميع أصحابنا يقولون شهادته جائزة وهذا عندي هو الأظهر لانه لا يشهد بذلك حتى

يعرف خطه معرفة صحيحة لا يشك فيها وقد قال ابن نافع اذا لم يعرف عدد المال فذلك الى الامام يعرفه الشاهد بأنه لا يعرف ذلك وما أرى ذلك ينفع وقاله ابن وهب عن مالك في العتبية يقضي القاضي بشهادته وان لم يشهد عنده على عدة المال وروى ابن القاسم عن مالك اذا لم يعرف عدد المال ردت شهادته وان ذكر أنه قد كان أشهد مع معرفة خطه وهذا عندي انما هو الخلاف فيمن قيد شهادته باسترعاء على معرفته بمال وعدده أو غير ذلك من الحقوق ثم نسي فهذا يحتمل الخلاف المذكور لانه لا يجوز له أن يقيد شهادته الا على معلوم عند تقييد شهادته فاذا نسي بعد ذلك تيقن ما تضمنه العقد أو بعضه وذكر تقييده للشهادة وعرف انه لم يوقعها الا على معلوم احتمل الوجهين أحدهما اجازة شهادته لانه متيقن صحتها والثاني رد شهادته لانه عند الاداء غير ذاكر له وقد قال أبو زيد عن ابن القاسم اذا عرف خطه وأثبت من أشهده في دار الا انه لا يذكرانها التي في هذا الكتاب لا يشهد حتى يثبت ما في هذا الكتاب حرفا حرفا وهذا يدل على انه عقد استرعاء وأما ما شهد فيه من العقود فقد قدمنا انه لا يلزمه تصفحه ولا قراءته ولا يتصفح منه الا موضع التقييد للشهادة ولذلك شهد على الحكام بالسجلات المطولة التي فيها الأوراق ولا يقرأ الا في المدد الطوال مع القدرة على ذلك والتفرغ له وربما اجتمع النفر الكثير للاشهاد منه وان لزم كل انسان قراءته وتصحفه وتحفظه لتعذر الاشهاد فيه واذا ثبت انه لا يلزمه قراءته ولا معرفة ما فيه حين تقييد شهادته فبأن لا يلزمه ذلك حين الاداء أولى وما احتج به من قوله وما شهدنا الا بما علمنا غير لازم انه اخبار عن شهادة معينة ولا يقول أحد ان الشهادة بالمعلوم غير جائزة وانما الخلاف في الشهادة بما لم يعلم والآية لا تتضمن حكم هذا وأيضا فانا نقول بموجب ذلك فان الشاهد انما يشهد بما يعلمه من صحة تقييده الشهادة في العقد على الوجه اللازم في ذلك (مسئلة) ومن حكم أداء الشهادة أن يشهد بما يعلم ويقطع به فان شك في شيء لم يشهد به قاله مالك في المجموعة وأما من دعي الى شهادة فلم يذكرها زاد ابن القاسم فقال عند القاضي لا أذكرها ثم ذكرها قال ابن القاسم ثم عاد بعد أيام فشهد ففي الموازية عن مالك يقبل منه ان كان مبرزا لا يتهم ولم يمر من طول الزمن ما يستنكر قال سحنون في المجموعة ان قال أخروني لا تفكر وانظر جازت شهادته ان كان مبرزا وان قال ما عندي علم ثم رجع فأخبر بعلمه فقد اختلف فيه عن مالك وأجازها ابن نافع في المبرز في القرب ووجه اجازتها انه انما أخبر بان لا علم له عنده في ذلك الوقت وذلك لا ينفي أن يكون علم ذلك قبله فاذا تذكر بعد ذلك ما تقدم علمه به جازت شهادته كالو تقييدت شهادته في عقد أشهد عليه فان أكثر الناس ينسى ذلك فاذا وقف على العقد ورأى خطه يذكر شهادته وجاز أداؤه لها ووجه القول بردها ان قطعه بنفي علمه ظاهره انه ليس عنده أصل ولا سبب يتذكر منه قال ابن حبيب انما هذا اذا سئل عند الحاكم أو سئل المريض عند نقلها عنه فأما في غير هذين الوجهين فلا يضره ذلك (فرع) فاذا قلنا برد شهادته فقد قال ابن المواز عن أشهب ان قال كل شهادة أشهد بها بينكما زور ولم يضره ذلك وليشهد وقال ابن حبيب من قال لخصم ما أشهد عليك بشيء ثم شهد عليه يقبل ذلك منه ولا يضره القول الأول وان كانت عليه بينة وهذا عند الحكم ومعنى ذلك عندي انه اذا وعده أن لا يقيم عليه الشهادة ثم رجع عن ذلك الى الواجب من اقامتها عليه أو يكون نسي الشهادة ثم ذكرها فاداها والله أعلم وأحكم قال الشيخ أبو اسحق من شهد وحلف لم تقبل شهادته وأما محل نقل الشهادة عن الشهود ففيه بابان * أحدهما نقلها عن شهداء معينين * والباب الثاني في نقلها عن شهداء غير معينين

(الباب الأول في نقل الشهادة عن معينين)

فأما نقلها عن المعينين فيجب أن يكون ممن ينقل عنه متيقنا لما أشهد به غير شاك في شيء منه فمن شك في ذلك أو نسيه لم يصح نقلها عنه قاله مالك في المجموعة (مسئلة) ومن سمع شاهدا ينص شهادته لم يجز أن ينقلها عنه حتى يشهده على ذلك ووجه ذلك ان المخبر قد ترك التحرز والاستيعاب للشهادة والمؤدى للشهادة يتحرز فيها ويؤديها أداء يقتضي العمل بها وأداء الشاهد شهادته الى من ينقلها عنه كادائها الى الحاكم ولو ان الحاكم سمعه ينص عليه ولا يؤدى الشهادة عنده لم يكن له العمل بها فكذلك الناقل لها عنه (فرع) ومن سمع شاهدا يشهد على شهادة غيره ولم يشهده فقد قال ابن المواز لا يشهد على شهادته واحتج اليه بخلاف المقر على نفسه ويحتمل هذا عندي الخلاف الذي بين أصحاب مالك فيمن سمع رجلا شهد عند قاض بشهادة ثم مات القاضي أو عزل فقال أشهب في الموازية لا ينقل الشهادة وقال مطرف في الواضحة ينقل ذلك اذا سمعه يؤديها عند ذلك القاضي وتكون شهادة على شهادة قال أصبغ لا يجوز ذلك حتى يشهده أو يشهد على قبول القاضي لتلك الشهادة (مسئلة) قال أصبغ لا يجوز ذلك وانما يصح نقل الشهادة عن الشاهد الغائب أو المريض الحاضر اذا كانت غيبة الشاهد بعيدة حكاه ابن المواز الا المرأة فانه ينقل شهادتها وان كانت حاضرة صحيحة رواه ابن حبيب عن مطرف قال ولم أر بالمدينة قط امرأة قامت بشهادتها عند الحاكم ولكنها تحمل عنها ووجه ذلك أن يلزمها من الستر عذر يسقط فرض الجمعة فأباح تحمل الشهادة عنها كالمرض (فرع) وأما الغيبة القريبة كاليومين والثلاثة ففي كتاب ابن المواز لا تنقل شهادته ووجه ذلك عندي أن يغيب عن مكانه اليومين والثلاثة وأما من كان بين موضعه وموضع القاضي مسيرة يومين أو ثلاثة فانه لا يلزمه أداؤها عند ذلك القاضي ويصح نقلها عنه وفي كتاب ابن سحنون عن أبيه اذا كان الشاهد على مثل ما تقصر فيه الصلاة الستين ميلا ونحوها لم يشخص الشهود من مثل ذلك ويشهد عنده من يأمر به القاضي في ذلك البلد ويكتب بما أشهدوا له به عنده الى القاضي قال ابن المواز انما ينقل عنهم الشهادة اذا بعدت غيبتهم من يعرف الغيبة بعد مدة لا بأثر غيبتهم يريد والله أعلم انه بأثر غيبتهم على مسافة قريبة ولا يؤمن رجوعهم (فرع) وأما من كان على بريد أو بريدين فانه يؤدى شهادته عند الحاكم فان كان الشهود أغنياء يجدون نفقة وركوبا فقد قال سحنون لا يقوم لهم بذلك المشهود له فان فعل سقطت شهادتهم قال ابن حبيب عن مطرف وذلك اذا كان أمرا خفيفا فان كثر لم أجزه ووجه ذلك ما فيه من الرشوة والمنفعة التي لا تلزم المشهود له ويلزم الشاهد لما عليه من أداء الشهادة والقيام بها قال الله تعالى وأقيموا الشهادة لله وقال عز من قائل ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه فان لم يجد الشهود نفقة ولا مركوبا جاز للمشهود له أن يقوم بها ووجه ذلك انها مؤنة لا تلزم الشهود فلم تبطل شهادتهم تكليف المشهود له كسائر نفقاته وكذلك لو استنهض الشهود الى مسافة بعيدة ليعاينوا حدود أرض وصفتها فقد قال مطرف لا بأس أن يركبوا دواب المشهود له ويأكلوا طعامه وروى ابن سحنون عن أبيه من سؤال ابن حبيب في الشاهد يأتي من البادية يشهد لرجل فينزل عنده في ضيافته حتى يخرج لا ترد بذلك شهادته اذا كان عدلا وهذا خفيف يريد ان هذا أمر معتاد دون مكارمة مشروعة يتقارض فيها الناس ولعل هذا الأمر قد كان جرى بينهم قبل هذا

(فصل) ومما يتصل بالشهادة على الشهادة على خط الشاهد فالمشهور من قول مالك لا تجوز

الشهادة على خط الشاهد رواه محمد بن المواز واختاره وروى ابن القاسم وابن وهب عن مالك في العتبية والموازية تجوز الشهادة على خطه ولا يجزئ من ذلك أقل من شهادة شاهدين ويحلف الطالب ويستحق حقه وقاله سحنون وقال أصبغ الشهادة على خط الشاهد الغائب أو الميت قوية في الحكم بها واحتج ابن المواز للمنع من ذلك بان الشهادة على خط الشاهد بمنزلة أن يسمعه ينص شهادته تلك ولا يسوغ نقل الشهادة عنه (فرع) فاذا قلنا بجواز الشهادة على خط الشاهد فقد قال مطرف وابن الماجشون انما تجوز في الأموال خاصة حيث يجوز اليمين مع الشاهد فقد قال مطرف وابن الماجشون انما تجوز في الأموال خاصة حيث يجوز اليمين مع الشاهد قاله أصبغ ووجه ذلك انها شهادة مختلف في صحتها ناقصة الرتبة كاليمين مع الشاهد (مسئلة) وأما الشهادة على خط المقر فقد قال ابن المواز لم يختلف قول مالك في الشهادة على خط المقر قال وهو بمنزلة أن يسمع المقر ينص اقراره فتصح الشهادة عليه وان لم يأذن في ذلك وقال الشيخ أبو القاسم فيها روايتان احداهما الجواز والأخرى المنع وجه المنع ماقاله ابن عبد الحكم لا أرى أن يقضى بالشهادة على الخط بما أحدث الناس من الضرب على الخطوط وقد كان فيما مضى يجيزون الشهادة على طابع القاضي ورأى مالك أن لا تجوز (فرع) فاذا قلنا بالشهادة على خط المقر فهل تلزمه اليمين مع هذه الشهادة قال الشيخ أبو القاسم فيها روايتان احداهما يحكم له بمجرد الشهادة والثانية لا يحكم له حتى يحلف فيستحق حقه وجه القول الأول أنها شهادة كاملة تتناول الاقرار كالشهادة على لفظ المقر (فرع) فاذا قلنا بالشهادة على خط المقر فلم يشهد له عليه الا شاهد واحد فقد قال الشيخ أبو القاسم فيه روايتان احداهما يحكم له بالشاهد واليمين والثانية لا يحكم له بذلك وجه الرواية الاولى انها شهادة على ما يثبت به اقرار المقر بالمال فأشبهت لفظ الشهادة ووجه الرواية الثانية انها شهادة لا تتناول المال وانما تتناول معنى يجر اليه كالشهادة على الوكالة في المال والشهادة على الشهادة

(الباب الثاني في نقل الشهادة عن غير معينين)

أما نقل الشهادة عن غير معينين وهي الشهادة على السماع فهي جائزة عند مالك وهي مختصة بما تقادم زمنه تقادا ما يبيد فيه الشهود وتنسى فيه الشهادات قال القاضي أبو محمد وتختص بما لا يتعبر حاله ولا ينتقل الموت فيه كالموت والنسب والوقف المحرم فأما الموت فانما يشهد فيه على السماع فيما بعد من البلاد وأما ماقرب من البلاد أو الشهادة ببلد الموت فانما هو شهادة على البت والقطع وما تقرر من العلم وان كان سبب هذه الشهادات السماع الا أن لفظ شهادة السماع انما ينطلق عند الفقهاء على ما يقع به العلم للشاهد ولذلك لا يؤدي شهادته على انه سمع سماعا فانسيا ما ينصه من شهادته وأما اذا تواتر الخبر حتى وقع له العلم فانما يشهد على علمه فيقول أشهد أن فلانا مات وان فلانا ابنه يرثه فلا يطلقون على هذا النوع شهادة سماع (مسئله) وأما الشهادة على السماع في النسب والولاء فقد قال ابن المواز اختلف قول مالك في شهادة السماع في النسب والولاء فأكثر قول مالك وابن القاسم انه يقضى له بالولاء والنسب وفي العتبية من رواية أبي زيد عن ابن القاسم يقضى له بالميراث ولا يجر ذلك ولاء ولا يثبت له نسب الا أن يكون أمرا انتشر مثل أن يقول أشهد أن نافعا مولى ابن عمر مثل هذا يجر به الولاء والنسب يريد اذا بلغ من التواتر بحيث يقع به العلم فيشهد على علمه ولا يضيف شهادته الى السماع وفي آخر المسئلة قيل لابن القاسم أفنشهد انك ابن القاسم ولا نعرف أباك ولا انك

ابنه الا بالسماع قال نعم يقطع بهذه الشهادة ويثبت بها النسب ويبين ذلك ماقاله سحنون فى كتاب ابنه لايجوز على النسب الا شهادة على شهادة أو من جهة تواتر الخبر ان هذا فلان بن فلان مثل سالم بن عبد الله وسعيد بن المسيب فيثبت بهذا ان الشهادة على السماع غير الشهادة بالعلم الواقع بالخبر المتواتر وقال القاضى أبو محمد فى معونته ان الشهادة على السماع من معنى الخبر المتواتر ولعله أراد أن ما بينهما من جنس واحد فى السماع من عدد غير محصور لأنه قال يقول الشاهد فى أداء الشهادة لم أزل أسمع أن فلان بن فلان غير انه لم يشترط أهل العدل فمن سمع منهم فلم تختص المسئلة على مذاهب شيوخنا والله أعلم (فرع) واذا شهد للمرأة بضرر زوجها فى العتبية من رواية أصبغ عن ابن القاسم أن ذلك جائز بالسماع من الاهل والجيران وقد تقدم ذكر ذلك فى الخلع وفى النوادر عن حسين بن عاصم قال ابن القاسم لاتجوز شهادة السماع الا عن العدول الا فى الرضاع فيجوز أن يشهد العدول عن لفيف القرابة والاهل والجيران وان لم يكونوا عدولا كالنساء والخدم فهذا أيضا يحتاج الى تأمل ونظر وهو يحتمل وجهين أحدهما أن يشهد بذلك رجلان فيجب أن يشهدا بعلمهما على ماتقرر عندهما من الخبر المتواتر الذى لايراعى فيه عدالة ولا اسلام والوجه الثانى أن يريد بذلك شهادة النساء على فشو هذا المعنى مع شهادة امرأتين على الرضاع وسيأتى ذكره ان شاء الله تعالى

(فصل) وقد تقدم الكلام فى شهادة السماع بالولاء والمواريث وقد تقدم من ذكر القاضى أبى محمد ان ذلك فيما لاينتقل كالولاء والنسب والوقف المؤبد وذكر فى شهادة السماع بالنكاح قولين قال فوجه قوله فى النكاح انه يقبل فيه انه ثابت لايتغير اذا مات أحد الزوجين فأشبه الولاء والوقف المؤبد ووجه قوله لايقبل فيه ان أصله غير مستقر بدليل جواز التنقل فيه فكان كالشهادة على الاملاك والذى تقدم من قول مالك ان شهادة السماع يقطع بها فى الولاء والنسب والصدقات التى طال زمنها والصدقات تكون على غير وجه الوقف وفى كتاب ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون عن مالك تجوز شهادة السماع فيما تقادم عهده من الاشرية والحيازات والصدقات والاحباس وشبه ذلك وهو الذى ذكره ابن القاسم عن مالك فى المدونة وجه ذلك انها أمور تتقادم ويبيد شهودها فصحت الشهادة فيها على السماع كالاحباس ولابن القاسم فى الموازيه وغيرها فى غائب قدم أقام بينة على دار انها لأبيه أو جده وأثبت المواريث فأتى من هى فى يده ببينة على السماع انهم لم يزالوا يسمعون هم أو من نقلوا عنه من العدول انها لأب الحائز أو جده بشراء من أب القائم أو جده أو بصدقة ماخرجت عن ملكه حتى مات وورثها ورثته ويذكرون ورثة كل ميت انه يقضى بشهادة السماع ويكون أحق بها فان قالوا نعلم انها بيد أبيه أو جده لايعلمون بما دام لم تتم الشهادة وقاله مالك وأشهب (فرع) وأما النكاح ففى العتبية عن سحنون قال جل أصحابنا يقولون فى النكاح اذا انتشر خبره فى الجيران ان فلانا تزوج فلانة وسمع الزفاف فله أن يشهد أن فلانة زوجة فلان زاد محمد بن عبد الحكم ولم يحضر النكاح وكذلك فى الموت يسمع النياحة وربما لم يشهد الجنازة فاذا كثر القول بذلك فيشهد ان فلانا مات ولم يحضر الموت وكذلك النسب وكذلك القاضى يولى المصر ولا يحضر ولايته الا بما يسمع من الناس وربما رآه يقضى بين الناس فليشهد انه كان قاضيا وقد يجوز أن يشهد قوم على امرأة انها زوجة فلان اذا كان يحوزها بالنكاح وان كان تزويجه اياها قبل ان يولد الشهود فهذه الشهادة أدخلها شيخنا فى باب الشهادة على السماع لما كان السماع سببها وانما هى شهادة بالعلم ولذلك لايضيفها الشاهد الى سماعه وانما هى شهادة بالعلم يضيفها الى علمه (فرع) اذا

ثبت ذلك فمن شرط شهادة السماع أن يقولوا سمعنا سماعا فاشيا من أهل العدل وغيرهم قال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون لا تصح شهادة السماع حتى يقول من أهل العلم وغيرهم وقال ابن المواز قالا ولا يسموا من سمعوا منه فان سموا خرجت عن شهادة السماع الى الشهادة على الشهادة وقاله ابن القاسم وأصبغ (فرع) ويجزئ في الشهادة على السماع رجلان وما كثر أحب الينا قاله مطرف وابن الماجشون عن مالك قال ابن القاسم في المجموعة اذا شهد رجلان على السماع وفي القبيل مائة من أنسابهم لا يعرفون شيأ من ذلك فلا تقبل شهادتهم الا بأمر يفشو ويكون عليه أكثر من اثنين الا أن يكونا شيخين قديمين قد باد جيلهما فتجوز شهادتهما (فرع) واذا قلنا ان شهادة السماع تختص بما تقادم من الزمان فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون تجوز في الخمس عشرة سنة ونحوها لتقاصر أعمار الناس قاله أصبغ وقال ابن القاسم عن مالك لا تقبل في الخمس عشرة سنة شهادة على السماع الا فيما تقادم

(فصل) وأما قوله ولا ظنين فروى ابن مزين عن يحيي بن سعيد انه المتهم الذي يظن به غير الصلاح وقال ابن كنانة في المجموعة هو المتهم فكل من اتهم في شهادته بميل لم يحكم بها وان كان مبرزا في العدالة الا أن التهمة التي يتعلق بها رد الشهادة على قسمين أحدهما لجر المال والثاني لدفع المعرة أما القسم الاول في جر المال فانه على ضربين أحدهما أن يشهد لنفسه أو لغيره ممن يرغب في كثرة ماله والضرب الثاني أن يشهد لمن يناله معروفه فأما من يشهد لنفسه فلا يخلو أن تكون الشهادة له خاصة أو له ولغيره فان كانت الشهادة له خاصة فهذا لا خلاف في أن شهادته غير جائزة لان شهادته لنفسه هي مجرد الدعوى ولا خلاف أنه لا يحكم لأحد بدعواه (مسئلة) وأما ان شهد في حق مشترك بينه وبين آخر فقال ابن وهب عن مالك في رجلين لهما مال على رجل فشهد أحدهما بنصف المال لصاحبه ان شهادته مردودة ووجه ذلك أنه اذا كان المال بينهما مشتركا فان النصف الذي لشريكه غير متعين ولو قبضه شريكه لساهمه فيه فقد عاد الأمر الى أنه شهد لنفسه فان اقتسما الحق قبل الشهادة جازت شهادته لان ما شهد به ليس له فيه حق (مسئلة) ولو شهد بشهادة له فيها حق فلا يخلو أن تكون وصية أو غير وصية فان كانت وصية وكان له فيها مال كثير لم تجز شهادته له ولا لغيره وان كان يسيرا فعن مالك في ذلك ثلاث روايات احداها لا يجوز له ولا لغيره وبهذا قال ابن عبد الحكم والثانية لا يجوز له ويجوز لغيره وبهذا قال ابن الماجشون والثالثة وهي رواية المدونة يجوز له ولغيره وبهذا قال مطرف وجه الرواية الأولى انه شهد له بحق له فيه حظ فلم تقبل شهادته كسائر الحقوق من غير الوصية ووجه الرواية الثانية ان التهمة انما تختص به ولا تهمة في شهادته لغيره فتبطل شهادته له وتصح لغيره ووجه الرواية الثالثة أن كل شهادة لم تبطل بعضها بتهمة فانه لا يبطل جميعها كما لو كانت الشهادة لغيره دونه (فرع) فاذا قلنا بجوازها في القليل فكم القليل الذي يجوز فيه ففي الموازية عن مالك في شاهدين أوصى اليهما رجل وأشهدهما في ثلثه ان ثلثه للمساكين وثلثه لجيرانه وثلثه لهما هذا يسير ويجوز لهما ولغيرهما قال محمد معناه ان كان المال كثيرا مماله بال فلا يجوز له ولا لغيره (مسئلة) فان شهد في غير وصية لحق له ولغيره فالمشهور من مذهبنا لا يجوز له ولا لغيره وفي كتاب ابن المواز من شهد بشهادة له فيها حق ولغيره لم تجز شهادته الا أن يكون الذي له يسير جدا وكذلك لم يتهم عليه فاذا قلنا بالرواية الأولى فالفرق بين هذا وبين الوصية اذا أجزناها ان المتوفى متيقن انتقاله عن ملكه ولا يدخل في ملك الورثة الا بعد سلامته من الوصية ووقت

انتقاله الى الورثة والى الموصى له به واحد وهو وقت وفاته فلم تتناول الوصية اخراج شئ عن ملك متقرر وانما تناولت توجهه الى جهة مستحقه بعد زوال الملك عنه وليس كذلك الدين فانما شهد به في حال الحياة وتقرر ملك المشهود عليه فجاز أن يؤثر في الوصية بالمال مالا يؤثر في الدين لضعف حال الملك المستحق عليه الوصية وقوته في الدين ولذلك لو شهد على ميت انه أوصى لغير معينين لحكم الورثة ولو شهد على حي انه وهب ماله لغير معينين لما حكم عليه (مسئلة) وأما من يرغب في كثرة ماله فان ذلك يكون على وجهين أحدهما أن يرغب في كثرة ماله للشفقة والقرابة والوجه الثاني لما يختص بالشاهد من المنفعة فأما الوجه الأول فكشهادة الآباء للابناء والأبناء للآباء وروى ابن نافع عن مالك في المجموعة انه قال ويدخل في قول عمر لاتجوز شهادة خصم ولا ظنين شهادة الأبوين للولد وأحد الزوجين للآخر وهذا مذهب علماء الأمصار وروى عن من لايعتد بخلافه تجوز شهادة الآباء للابناء والأبناء للآباء والدليل على مانقوله حديث عمر هذا وقد اتفق العلماء على تصحيحه والأخذ به ولا نعلم بتهمة أقوى من كلف الآباء بالابناء ومحبة الأبناء في الآباء ولان الانسان انما ترد شهادته لنفسه للتهمة ومن الناس من تكون محبته لبنيه تربو على محبته لنفسه أو تقارب بها فيجب أن لاتجوز شهادته اه وقد حكى ابن عبدوس عن سحنون انه لاتجوز شهادة ابن الملاعنة لمن نفاه ووجه ذلك انه يتهم على أنه يريد استمالته ليستلحقه والله أعلم (مسئلة) وقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون عن مالك قال الذى لاتجوز شهادتهم من ذى القرابة الأبوان والجد والجدة والولد وولد الولد من ذكور واناث وأحد الزوجين للآخر وتجوز شهادة من وراء هؤلاء من القرابات وهذا يقتضي جواز شهادة الأخ لاخيه وابن أخيه وهى رواية ابن القاسم في المدونة وقال غيره من أصحابنا لاتجوز على الاطلاق وانما يجوز على شرط واختلف أصحابنا في الشرط ففى كتاب ابن المواز لاتجوز شهادته له الا أن يكون مبرزا وقيل يجوز اذا لم تنله صلته وقال أشهب يجوز في اليسير دون الكثير الا أن يكون مبرزا فيجوز في الكثير ووجه ذلك أن قرابة الأبوة والبنوة آكد والتهمة فيهم أقوى وجرت العادة ببسط هؤلاء في مال بعض وكذلك الزوجة فان الزوج ينفق على الزوجة وينبسط في مالها والأخوة لاتبلغ ذلك المبلغ ولا يخلو في الأغلب من الاشفاق والحرص على الغنى فلذلك روعى في الاخوة أحد الشروط المذكورة والله أعلم وأحكم وفى الموازية والمجموعة لاتجوز شهادة القرابة والموالى في الرباع التي يتهمون بجرها اليهم أو الى بنيهم اليوم أو بعده مثل حبس مرجعه اليهم أو الى بنيهم قاله ابن القاسم والله أعلم (مسئلة) ولاتجوز شهادة الرجل لابن امرأته ولا لابيها وكذلك المرأة لابن زوجها قاله ابن القاسم وكذلك شهادة الرجل لزوج ابنته ولا لزوجة ابنه رواه عيسى عن ابن القاسم وقال سحنون ذلك جائز وجه قول ابن القاسم ان من لاتجوز شهادتك له فلا تجوز شهادتك لمن لاتجوز شهادته لك لان التهمة قوية في منافعه ووجه قول سحنون ما احتج به من ان من كان وفره وفر الشاهد وغناه غنى له ردت شهادته له لان التهمة قوية في منافعه وأما من ليس غناه غنى للشاهد فان شهادته له جائزة

(فصل) وأما من يرغب في غناه لمنفعته فالزوج والزوجة والأب يجب على ابنه الانفاق عليه أو أجير ينفق عليه لان من نفقته عليه اذا شهد له جر الى نفسه بذلك نفعا والزوجة تنبسط في مال زوجها فتجر الى نفسها بذلك نفعا

(فصل) وأما الضرب الثانى وهو أن يشهد لمن يناله منه معروف فان ذلك على وجهين أحدهما أن

يكون المعروف متكررا معتادا والوجه الثانى أن يكون المعروف متعينا فأما المعروف المعتاد فان اقترنت به القرابة كالأخ يكون فى عيال أخيه أو تحت نفقته أو يتكرر عليه معروفه فهذه تهمة توجب ردشهادته له وأما الصديق الملاطف الذى يناله معروف من يشهد له فعن مالك فى ذلك روايتان احداهما ان شهادته له مقبولة والثانية انها مردودة فان قلنا انها مقبولة فالفرق بينه و بين الأخ ان المعروف يقترن بالاخوة والقرابة فتقوى التهمة وفى مسئلتنا انما هى مجرد المعروف ولا يمنع ذلك قبول الشهادة لان الغنى وذا المعروف لو لم تقبل له الا شهادة من لا يناله معروفه لردت له شهادات أكثر الناس ولاقتضى ذلك منعه معروفه ووجه الرواية الثانية ان هذا ممن يناله معروفه و يتكرر عليه فلم يقبل له شهادة كالأخ (مسئلة) وأما المعروف المعين فعلى ضربين أحدهما أن يكون مستداما والثانى أن يختص بوقت الشهادة فأما المستدام فكشهادة العامل لرب المال قال سحنون فى العتبية وغيرها ان كان شغل المال فى سلع فشهادته له مقبولة وان كان عينا فشهادته مردودة وروى عبد الملك عن الحسن عن ابن وهب فى العتبية ان كان عينا فشهادته مقبولة وان كان معدوما فشهادته مردودة ووجه قول سحنون انه اذا شغل المال لم يكن لصاحبه أخذه منه فارتفعت التهمة وما يتوقع من أخذه من يده فى المستقبل ضعيف فى التهمة لبعد الأمد وعدمه ووجه قول ابن وهب ان كون المال بيد العامل وجه لكسبه فيتهم فى شهادته ان كان محتاجا الى بقائه بيده لفقده و بعد التهمة مع غناه لاستغنائه عن ماله (مسئلة) فان كان للشهود له على الشاهد دين فقد قال ابن القاسم وأشهب ومطرف وابن الماجشون ان كان غنيا قبلت شهادته وان كان فقيرا ردت شهادته زاد مطرف وابن الماجشون لانه كالأسير فى يده فان كان الدين حالا أو قد قرب محله فهذا حكمه وان كان الى أجل بعيد فيجىء على مذهب سحنون ان شهادته له جائزة وعلى قول ابن وهب ان شهادته مردودة * قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه ومعنى الغنى عندى فى هذه المسئلة أن لا يستضر بازالة هذا المال عنه فاما ان كان عنده وفاء به ولا مال له غيره فانه فقير ترد شهادته لان الضرر العظيم يلحقه بتعجيل قبض الدين منه وله منفعة عظيمة فى تأخيره به فكان ذلك يشبه قوته فى رد شهاته

(فصل) وأما ما يختص بوقت الشهادة فان يقصد حين أداء الشهادة الى أن يعطيه أو يصله أو يهبه أو يحابيه فى بيع أو شراء قال هذا كله يوجب رد الشهادة للقريب والبعيد وبالله التوفيق

(فصل) وأما القسم الثانى من التهمة لدفع المعرة فمثل أن يعدل الرجل ابنه أو أباه فهذا اذا لم يكن فى نقل الشهادة فلا خلاف ان التعديل غير مقبول لانه مستجلب بشهادته الجاه والرفعة وأما ان كان فى نقل شهادة فقد قال ابن الماجشون فى الواضحة والمجموعة ان كان مقصوده نقل شهادة ولو ابتغى تعديله من غير هذا الناقل لوجد ذلك فان التعديل مقبول وان كان يتعذر من غير هذا الوجه فالتعديل مردود وقال سحنون ومطرف لا يجوز تعديله له بوجه وجه قول ابن الماجشون ان هذا التعديل انما حقيقته الاعلام بخبره فاذا كان مشهورا بالصلاح والخير يزكى من غير وجه فلا تهمة تلحق فى ذلك ووجه قول سحنون ان تعديل الأب ابنه لا يجوز لانه لا يجوز أن يشهد له بيسير المال وما يوجد تعديه من الجاه والرفعة أكثر من المال فبان لا تجوز شهادته له به فشهادته له أولى (مسئلة) وأما تعديل الأخ لأخيه الذى تقبل شهادته له فى المال فقال ابن القاسم يجوز تعديله وهو فى العتبية من رواية عبد الملك بن الحسن عن أشهب تعديله مردود وجه القول الأول ما أشار اليه من ان من جازت شهادته له فى المال جاز تعديله له كالأجنبى وجه الرواية الثانية ان تعديله به شرف وجاه يتعدى اليه بخلاف

المال الذى هو مقصور على مالكه

القضاء فى شهادة المحدود

ص * قال يحيى عن مالك انه بلغه عن سليمان بن يسار وغيره انهم سئلوا عن رجل جلد الحد أتجوز شهادته فقالوا نعم اذا ظهرت منه التوبة * مالك انه سمع ابن شهاب يسئل عن ذلك فقال مثل ما قال سليمان بن يسار * قال مالك وذلك الأمر عندنا وذلك لقول الله تبارك وتعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون الا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا فان الله غفور رحيم * قال مالك فالأمر الذى لا اختلاف فيه عندنا ان الذى يجلد الحد ثم تاب وأصلح تجوز شهادته وهو أحب ما سمعت الى فى ذلك * ش قوله انهم سئلوا عن رجل جلد الحد تجوز شهادته لفظ عام فى الحدود التى يجلد فيها من الزنا أو شرب الخمر والقذف الا ان ايراده ههنا يحتمل وجهين أحدهما أن يريد به حمله على عمومه ثم يستدل على نوع منه بالنص وهو فى حد القذف فيجعله أصلا لجميع الجنس والثانى أن يريد القذف وحده ويقصد بيان حكمه بالآية التى أوردها لانها خاصة فى حد القذف وكل ما يوجب الجلد حدا يوجب التفسيق ويترتب عليه رد الشهادة لان الفسق ينافى قبول الشهادة قال الله تعالى يا أيها الذين آمنوا ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا أن تصيبوا قوما بجهالة فتصبحوا على ما فعلتم نادمين والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون فكل من قذف المحصنات ولم يثبت ما قذف به وجب عليه حد ذلك القذف ووجب رد شهادته به والحكم بفسقه فى الظاهر الينا والله أعلم بحاله فقد يكون صادقا فى قذفه أو مشتبها عليه فى أمره (مسئلة) ومتى يحكم برد شهادته اختلف أصحابنا فى ذلك فقال ابن القاسم وأشهب وسحنون من المجموعة وكتاب ابن سحنون لا ترد شهادته حتى يجلد وقال عبد الملك فى الكتابين ترد شهادته ان عجز عن اثبات ما ادعاه وحق عليه القذف ولو تاب بعد ذلك لقبلت شهادته قبل الجلد وبعده وجه قول ابن القاسم انه انما يتم الحكم عليه بكونه قاذفا بان يكمل الجلد فأما قبل ذلك فلو أقر المقذوف وثبت عليه ما قذفه به لسقط الجلد لان طريقه النكال ويخرج بذلك عن أن يكون قاذفا وذلك يمنع التفسيق به ووجه قول ابن الماجشون أن الحكم عليه بذلك يتم بعجزه عن اثبات ما قذف به والحد بعد ذلك تطهير له فلا يتعلق به رد الشهادة كالكفارة (مسئلة) وأما ما يوجب النكال والتعزير دون الحد فقال ابن كنانة فى المجموعة فمن كانت حاله حسنة فوجب عليه نكال الشتم أو نحوه فلا ترد بذلك شهادته وأما من ليس بمشهور العدالة الا انه مقبول وأتى بالأمر العظيم مما فيه النكال الشديد فلينظر فى هذا وانما يعرف هذا عند نزوله ومعنى ذلك ان منه ما ترد به الشهادة ومنه ما لا ترد به الشهادة فينظر فى ذلك عند وقوعه على قدر الشاتم وقدر ما أتى به وعلى حسب ذلك يعمل فى رد شهادته وامضائها وبالله التوفيق

(فصل) وقوله ان الأمر الذى لا اختلاف فيه عندنا ان الذى جلد جلد الحد ثم تاب وأصلح حاله تجوز شهادته يريد ان ذلك مذهب أهل المدينة ان من جلد فى حد وجب عليه من قذف أو غيره ثم تاب وأصلح تجوز شهادته ولا يمنع من ذلك ما تقدم من جلد الحد وبه قال الشافعى وقال أبو حنيفة لا تقبل شهادته أبدا والدليل على صحة ما نقوله ما احتج به من الآية وهو قوله تعالى والذين يرمون المحصنات

* القضاء فى شهادة المحدود *

* قال يحيى عن مالك انه بلغه عن سليمان بن يسار وغيره انهم سئلوا عن رجل جلد الحد أتجوز شهادته فقالوا نعم اذا ظهرت منه التوبة * وحدثنى مالك انه سمع ابن شهاب يسأل عن ذلك فقال مثل ما قال سليمان بن يسار * قال مالك وذلك الأمر عندنا وذلك لقول الله تبارك وتعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون الا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا فان الله غفور رحيم * قال مالك فالأمر الذى لا اختلاف فيه عندنا ان الذى يجلد الحد ثم تاب وأصلح تجوز شهادته وهو أحب ما سمعت الى فى ذلك

ثم لم يأتوا بأربعة شهداء الى رحيم فاستثنى من تاب بعد ذلك وذلك يقتضي ان من تاب فان هذه الأحكام كلها ترفع عنه الاما خصه الدليل لان الاستثناء متعقب لجميعها (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان كان من أهل الفسق فيعرف صلاح حاله بالاقلاع عن حال الفسق والتزام أحوال العدالة فان كان من أهل العدل والصلاح فالتزيد فيه حتى يعرف زيادة صلاح حاله قال ابن كنانة في المجموعة اذا كان يعرف بالصلاح فمعرفة ظهور التزيد تطول وليس لمن كان معلنا بالسوء لان من عرف بالخير لا يتبين من يده فيه الا بالتزاد فيه وقال مالك في المدونة وقد كان ههنا عمر بن عبد العزيز وكان رجلا صالحا فلما ولي الخلافة ازداد خيرا وصلاحا (مسئلة) وليس من شرط توبته ولا مؤثرا في قبول شهادته رجوعه عن قذفه وانما يعتبر في ذلك بصلاح حاله رواه ابن القاسم عن مالك في المجموعة قال ولا يقول له الامام تب ولو قال تبت لم ينفعه ذلك ولو قال لا أتوب لم يضره ذلك لان قول الانسان تبت لا يقبل منه ولا ينقله عن حالة الفسق حتى يظهر من أفعاله ما يستدل به على ذلك وقال الشافعي توبته تكذيبه نفسه وبلغني عن القاضي أبي الحسن نحوه وجه قول مالك أن هذه توبة من ذنب فكانت بالاستغفار والعمل الصالح كسائر الذنوب ووجه القول الثاني ان المعصية اذا كانت بالأقوال فان التوبة منها بالقول وتكذيب نفسه كالردة لما كانت قولا كانت التوبة منها بتكذيب قوله المتقدم (فرع) اذا ثبت ذلك ففي أي شئ تقبل شهادته روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون عن مالك تقبل شهادته في كل شئ الا في القذف وقال ابن كنانة في المجموعة من حد في قذف أو زنى فلا تقبل شهادته في القذف والزنا وغيره وبه قال أبو حنيفة والشافعي وجه القول الاول ما طبع عليه الخلق ان من كانت به وصمة أو تورط في أمر حرص أن يلحق ذلك بغيره من الناس ليساووه وينفي عنه معرة ذلك فيتهم أن يشهد على غيره بما وافقه ليساويه ووجه القول الثاني ان حكمنا بعدالته ينفي مثل هذه التهمة عنه فاذا قبلنا شهادته في غير ذلك من الحدود وجب أن نقبل شهادته في القذف وبالله التوفيق

﴿ القضاء باليمين مع الشاهد ﴾

﴿ القضاء باليمين مع الشاهد ﴾

* قال يحيى قال مالك عن جعفر بن محمد عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى باليمين مع الشاهد * وعن مالك عن أبي الزناد أن عمر بن عبد العزيز كتب الى عبد الحميد بن عبد الرحمن بن زيد بن الخطاب وهو عامل على الكوفة أن اقض باليمين مع الشاهد * وحدثني مالك انه بلغه أن أبا سلمة بن عبد الرحمن وسليمان بن يسار سئلا هل يقضى باليمين مع الشاهد فقالا نعم

ص ﴿ مالك عن جعفر بن محمد عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى باليمين مع الشاهد * مالك عن أبي الزناد ان عمر بن عبد العزيز كتب الى عبد الحميد بن عبد الرحمن بن زيد بن الخطاب وهو عامل على الكوفة أن اقض باليمين مع الشاهد * مالك انه بلغه أن أبا سلمة بن عبد الرحمن وسليمان بن يسار سئلا هل يقضى باليمين مع الشاهد فقالا نعم ﴾ ش قوله ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى باليمين مع الشاهد يحتمل والله أعلم معنيين أحدهما انه لصحة ذلك والثاني انه أنفذ القضاء بهما فيما شهد به الشاهد استحلف المدعي وقضى له به وعلى هذا عمل الحجاز وبه قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة لا يجوز القضاء باليمين مع الشاهد والدليل على صحة ما ذهب اليه مالك حديث عمرو بن دينار عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى باليمين مع الشاهد وهذا الحديث أخرجه مسلم في صحيحه وقال أبو عبد الرحمن النسوي هذا اسناد جيد فان قيل يحتمل أن يكون النبي صلى الله عليه وسلم انما حكم في ذلك بشهادة خزيمة بن ثابت الذي جعل النبي صلى الله عليه وسلم شهادته وحده شهادة اثنين ولذلك سمي ذا الشهادتين فالجواب انه لا يصح هذا لان النبي صلى الله عليه وسلم لم يجعل شهادته لغيره كشهادة اثنين وهذا اذا ثبت حكم اختص بالنبي صلى الله عليه وسلم كما اختص في أن يكون الحاكم ويسمع البينات فيما ادعى عليه يبين ذلك ان ما يشير واليه لم يشهد فيه خزيمة بن ثابت للنبي

صلى الله عليه وسلم بأمر شاهده وانما شهد له بما سمع منه لعلمه بصدقه وهذا لا خلاف فى أنه لا يتعدى الى غير النبى صلى الله عليه وسلم ولان من يخالفنا فى هذه المسئلة لا يقول ان النبى صلى الله عليه وسلم حلف مع شاهد خزيمة بن ثابت وجواب ثان وهو انا لو سلمنا أن شهادة خزيمة تتعدى الى غير النبى صلى الله عليه وسلم لم يجز أن يقال انه المراد بالحديث الذى احتججنا به لانه ان كان النبى صلى الله عليه وسلم جعل شهادته شهادة شاهدين فلا معنى لليمين وحديثنا يقتضى القضاء باليمين مع الشاهد وان كان جعل شهادته لغيره من المسلمين شهادة رجل واحد فهو كغيره من الشهود فان قيل يحتمل أن يكون النبى صلى الله عليه وسلم قضى بيمين المطلوب مع شهادة المدعى فبين بذلك ان الشاهد الواحد لا تأثير لشهادته فالجواب ان قوله قضى باليمين مع الشاهد يفيد كونهما مما قضى به وأن يكون قضى بكل واحد منهما ولو كان ما قلتموه لقال قضى باليمين مع وجود الشاهد أو قضى باليمين ورد شهادة الشاهد وجواب ثان وهو ان قوله باليمين مع الشاهد ظاهره انهما من جنبة واحدة وعلى ما بينا ولو نه اليمين فى غير جنبة الشاهد فلا يقال فيها انها معه بل هى ناقضة له ومبطلة لشهادته فان قيل نحن نقول بموجب هذا فى موضع وهو ان يبيع رجل من رجل حيوانا فيدعى المشترى به عيبا ينكره البائع فان المشترى يلزمه أن يأتى بشاهد من أهل الخبر يشهد له بذلك فتقبل شهادته عندنا وحده فان ادعى البائع البيع بالبراءة ولم يكن له بذلك بينة حلف المشترى أنه ما اشترى على البراءة فيحكم له بالرد بشاهده مع يمينه فالجواب ان الحديث يقتضى القضاء باليمين مع الشاهد وهذا ليس بشاهد وانما هو مخبر عن علمه وكذلك لو كانت من العيوب التى يستوى الناس فى علمها لم يقبل فى ذلك الا شاهدان وجواب ثان وهو ان الحديث يقتضى القضاء باليمين مع الشاهد فى قضية واحدة وما زعمتموه قضيتان ثبت بالشاهد عندكم وجود العيب وثبت بيمين المشترى براءته مما ادعى عليه البائع من التزام البيع بالبراءة وهاتان قضيتان قضى فى احداهما بالشاهد ولم يتعلق اليمين بها وقضى فى الثانية باليمين ولم يشهد الشاهد بها ودليلنا من جهة القياس ان المدعى أحد المتداعيين فجاز أن يثبت اليمين فى جنبته ابتداء كالمدعى عليه (فصل) وما رواه عن عمر بن عبد العزيز وأبى سلمة وسليمان فى تصحيح القضاء باليمين مع الشاهد والأمر به اظهار لاتفاق علماء المدينة وأئمتهم وأعلامهم على الحكم بذلك والله أعلم ص ﴿قال مالك مضت السنة فى القضاء باليمين مع الشاهد الواحد يحلف صاحب الحق مع شاهده ويستحق حقه فان نكل وأبى أن يحلف أحلف المطلوب فان حلف سقط عنه ذلك الحق فان أبى أن يحلف ثبت عليه الحق لصاحبه﴾ ش وهذا كما قال ان صاحب الحق يحلف مع الشاهد ويستحق حقه اذا كان ممن يقتطع الحقوق بيمينه وذلك ان المشهود له على ضربين معين وغير معين فان كان معينا فعلى ضربين غير مولى عليه ومولى عليه فان كان غير مولى عليه فانه يحلف مع شاهده ويستحق حقه الذى شهد له به سواء كان مؤمنا أو كافرا حرا أو عبدا ذكرا أو أنثى لانهم لما تساووا فى الملك والتصرف وجب أن يتساووا فى الاستحقاق (فرع) وأما المولى عليه فعلى ضربين صغير وكبير فان كان صغيرا وانفرد بالحق قبل شاهده واستحلف المشهود عليه وهذا المشهور من منهب مالك وبه قال ابن القاسم ورواه مطرف وابن الماجشون عن مالك فى الواضحة وفى كتاب ابن المواز عن مالك وان كان وارث الميت صغيرا وقف له حقه حتى يحتلم فيحلف ولم يذكر اليمين وبهذا قال سحنون فى كتاب ابنه وجه القول الاول ان الصغير لما لم يكن من أهل اليمين ثبت اليمين فى جنبة المدعى عليه كما لو شهد الشاهد لغير معين ووجه القول الثانى انه معين يرجى أن يزول المانع له من اليمين فانتظر ذلك أصله المغمى عليه (مسئلة) فاذا قلنا يحلف المطلوب فاذا حلف أبقى الحق عنده سواء كان ثابتا فى الذمة أو معينا حتى يبلغ الصغير

*قال مالك مضت السنة فى القضاء باليمين مع الشاهد الواحد يحلف صاحب الحق مع شاهده ويستحق حقه فان نكل وأبى أن يحلف أحلف المطلوب فان حلف سقط عنه ذلك الحق فان أبى أن يحلف ثبت عليه الحق لصاحبه

فيحلف مع شاهده فيستحق حقه ما في الذمة والمعين ان كان باقيا فان فات قيمته يوم الحكم به للصبي رواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وابن عبد الحكم وأصبغ ووجه ذلك ان الصغير لا يصح منه اليمين فيحلف المطلوب ويترك عنده الحق فاذا بلغ الصبي وصار ممن يحلف حلف مع شاهده لما أمكنه ذلك وأخذ حقه (فرع) فان نكل الصبي بعد ان بلغ فالمشهور من مذهب أصحابنا في الموازية والعتبية وغيرهما أنه لا يحلف المطلوب لان يمينه بذلك قد تقدمت وهذا مبني على أن يمين المطلوب يمين استحقاق بشرط أن لا يحلف المدعي فان حلف كانت أولى من هذه اليمين لتقدمها في الرتبة عليها وانما قدمت هذه لضرورة توقف ثالث وان لم يحلف المدعي صحت يمين المطلوب وصح الحكم له بها وكان يحتمل أن يقال ان يمين المطلوب لتوقيف الحق بيده خاصة لما تعذرت يمين الطالب التي يتعجل بها حقه فاذا حلف الطالب أخذ حقه بشاهده ويمينه فان نكل حلف المطلوب يمين الاستحقاق وقضى له وان لم يحلف قضى عليه بنكوله عن هذه اليمين لانه لو كانت يمينه أولا يمين استحقاق لوجب أن لا يبقى بعدها للمدعي يمين ولوجب اذا نكل عنها أن لا ينفذ القضاء عليه بنكوله ولا يحلف المدعي يمينا بعدها ولما كان اذا حلف بقي الحق بيده حتى يحلف المدعي فاذا رشد المدعي ونكل عن اليمين قضى بالحق للمطلوب وعلم أنها يمين ابقاء الحق فيجب اذا رشد ونكل الطالب أن يحلف المطلوب يمين الاستحقاق والله أعلم وهذا الأصل متنازع فيه (مسئلة) فان نكل المطلوب أولا غرم رواه ابن حبيب عن مطرف وابن كنانة وقاله ابن المواز فاذا بلغ الصغير فعليه اليمين فان حلف قضى له بحقه وان نكل فقد روى ابن حبيب عن مطرف انه ان نكل المولى عليه والصغير بعد الرشد والبلوغ رد الى المطلوب ونحوه رواه ابن كنانه ووجه ذلك انه لا يقضى له بشاهد واحد حتى يقرن به يمينه فان نكل لم يكن له شيء ولا ترد اليمين ثانية على المطلوب (مسئلة) ويحلف الصغير اذا كبر مع شاهده على البت وقال ابن المواز ولا يحلف حتى يعلم بالخبر الذي يتيقن له وفي كتاب ابن سحنون متصل بقول مالك انه يحلف كما يحلف الوارث على مالم يحضر ولم يعلم وهو لا يدري هل شهد له بحق أولا فيحلف معه على خبره ويصدقه كما جاز له أن يأخذ ما شهد له به الشاهدان من مال أو غيره وهو لا يعلم ذلك الا بقولهما وظاهر هذا القول يقتضي أنه يحلف على ما شهد له به شاهده وان لم يتيقن ذلك والصحيح عندي وهو ظاهر قول مالك والمعلوم من مذهبه أنه لا يحلف حتى يقع له العلم بالخبر المتواتر سواء كان المخبر له عدلا أو غير عدل فحينئذ يحلف مع شاهده ان لم يبلغ هذا الحد امتنع من اليمين واستحلف المدعى عليه لانه لا يحل لأحد أن يحلف على مالا يستيقنه

(فصل) وصفة اليمين أن يحلف على حسب ما شهد به الشاهد فان شهد له الشاهد باقرار المدعى عليه لم يكن له أن يحلف ان له عليه كذا او لانه غصبه كذا ولكن يحلف بالله لقد أقر له فلان بكذا قاله محمد ابن عبد الحكم فان كان المدعى عليه غائبا زاد في يمينه ان حقه عليه لباق وما عنده به رهن ولا وثيقة ثم يقضى له بذلك (مسئلة) وان كان المولى عليه كبيرا فان الذي في العتبية من رواية أصبغ عن ابن القاسم انه يحلف مع شاهده بخلاف الصبي فان نكل حلف المطلوب وبرئ وان نكل غرم قال أصبغ كالعبد والذمي وروى ابن حبيب عن مطرف يحلف المطلوب ويؤخر السفيه فاذا رشد حلف مع شاهده ان شاء وقضى له وان أبى لم يكن له على المطلوب يمين ووجه القول الأول ان هذا يلزمه الحدود والطلاق فكان له أن يحلف ويستحق حقه كالرشيد ووجه الرواية الثانية ان من لا يحلف في دفع حق عن نفسه فانه لا يحلف في استحقاقه كالصغير (فرع) فاذا قلنا يحلف المطلوب أولا ويبقى الحق عنده فان نكل أخذ منه الحق فاذا رشد السفيه حلف وقضى له وان نكل رد الى

المطلوب وكذلك الصبي وجه ذلك أن نكوله يضعف حقه و يوجب قبض المال منه لحق السفيه والصبي فاذا أمكنت ايمانهما برشد السفيه وكبر الصغير استحلفا مع شاهدهما فان حلفا نفذ الحق لهما وان نكلا كان بمنزلة نكولهما أولا ورد الى المطلوب لان نكوله أولا نقل اليمين الى جنبة السفيه والصغير وكان ذلك بمنزلة أن تجب اليمين على المدعى عليه فينكل فيرد اليمين على المدعى فينكل بانه يقضي للمدعى عليه بالحق ولو روعي وجوب اليمين أولا على السفيه والصغير وان يمين المدعى عليه انما كانت لتأخير أخذ الحق منه الى أن يزول المانع من اليمين فيحلف الرشيد والكبير مع شاهدهما لوجب ان نكلا أن ترد اليمين على المطلوب فان حلف رد اليه الحق لان هذه اليمين هي اليمين التي تجب عليه بنكول الطالب مع شاهده وان نكل نفذ عليه الحكم بانه نكل عن يمين (فرع) فاذا قلنا يحلف السفيه مع شاهده حال سفهه فانه ان حلف قبض ما استحقه بيمينه الناظر له قال الشيخ أبو اسحق والاختيار أن يحلف و يقبض ما حلف عليه فاذا صار اليه قبضه منه من ينظر عليه لانه لا يستحق بيمينه شيأ الا من له قبضه (فرع) وان نكل حلف المطلوب و برئ ولا يمين على السفيه اذا رشد وكذلك البكر المولى عليها رواه سحنون عن ابن القاسم وقال ابن كنانة لها الرجوع الى اليمين وان كان الغريم قد حلف أولا وجه قول ابن القاسم ان من وجبت عليه يمين فنكل عنها وحكم باليمين على المطلوب لنكوله فانه لا يرجع عليه اليمين كالرشيد و وجه قول ابن كنانة ان السفيه محجور عليه لا يقبل اقراره ولا يجوز عليه فكذلك نكوله كالصغير

(فصل) وان كانت الشهادة لغير معينين ولا يحاط بعددهم مثل ان يشهد شاهد بصدقة لبني تميم أو للمساكين أو في سبيل الله فقد قال ابن القاسم وأشهب لا يحلف مع هذا الشاهد ولا يستحق بشهادته حق و وجه ذلك انه لا يتعين مستحق هذا الحق فيحلف معه لان كل من يحلف مع شاهده يجوز أن يخرج عن هذا الحق ويصرف الى غير ملكه وقبضه وانما يحلف في الحقوق من يستحق بيمينه الملك أو القبض ويطلب منه ان نكل (مسئلة) فان كان الحبس لغير معينين الا أنه يحاط بعددهم وأضيف اليهم من لا يحصى مثل ان يقول حبست هذا الملك على ولد زيد وعقبهم ففي كتاب ابن المواز الذي يقول أصحابنا ان كل حبس مسبل ومعقب فلا يصلح فيه اليمين مع الشاهد وروى ابن الماجشون عن مالك اذا حلف الرجل منهم نفذت الصدقة لهم ولغيرهم وغائبهم ومولودهم ثم ذكر الشيخ أبو محمد بعد كلام في المجموعة أن ابن وهب ومطرفا وابن الماجشون رووا عن مالك انه يحلف مع أهل الصدقة رجل واحد مع الشاهد و يثبت حبسا له و لجميع أهلها فالظاهر عندي أن هذه الاقوال انما هي فيمن ذكر بحصر عدده وقد قال المغيرة في المجموعة اذا كانت الشهادة لمعين وغير معين مثل أن يشهد الشاهد أن فلانا حبس على فلان وعلى عقبه فانه يحلف مع شاهده و يحق الحق له ولمن يأتي بعده بغير يمين

(مسئلة) اذا ثبت ذلك فان عدد الشهود وجنسهم يترتب على مراتب الحقوق وذلك على ستة أضرب فيثبت الزنى باربعة شهداء والاصل في ذلك قوله تعالى واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم وقوله عز وجل والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا باربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة (فرع) وأما الشهادة على الشهادة فقد اختلف فيها العلماء فروى مطرف عن مالك في الواضحة لا يجزئ في ذلك الا ستة عشر رجلا أربعة على شهادة كل واحد وقال ابن الماجشون اذا شهد أربعة شهود على كل واحد من شهود الاصل جازت شهادتهم فان تفرقوا جاز أن ينقل شهادة كل واحد اثنان حتى يصير وا ثمانية وذكر القاضي أبو محمد ان في ذلك روايتين احداهما أن يشهد شاهدان على شهادة أربعة وقيل لا يكفي الا أربعة وانما الروايتان

على ما تمسناهما والله أعلم وقد قال ابن المواز اذا شهد اثنان على شهادة أربعة حدا وجه رواية مطرف عن مالك ان الشهادة في الزنا مغلظة بالعدد واختصت بذلك فلذلك اختصت بان لا تنقل عن شاهد الا من لا ينقل عن غيره لأنه لا يتغلظ نقلها من جهة العدد الا بهذا الوجه (فرع) واذا قطع اللصوص على رفقة فشهد عليهم منها قوم فقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون عن المغيرة وابن دينار لا يجوز منهم أقل من شهادة أربع في القطع وأموال الرفقة غير الذين شهدوا ولا تجوز شهادتهم لأنفسهم وقال مطرف شهادة اثنين جائزة في القطع وفي أموالهم وأموال غيرهم وان لم يجز في المال لم يجز في القطع وقاله مالك ولا يقبل بعض ويترك بعض وروى أصبغ عن ابن القاسم تجوز شهادة عدلين منهم في القطع وفي أموال غيرهم وان لم يجز في المال لم يجز في القطع وقال غيره وأموال الرفقة دون أموالهما الا أن يكون ذلك يسيرا فيجوز ذلك لهم ويغرم كقول مالك في الوصية وان كثر مالهما لم يجز في القطع لمالهما ولا لغيرهما (مسئلة) وأما الضرب الثاني فشاهدان من الرجال فيما يختص بجميع البدن من الطلاق والعتق والرشد والسفه وقتل العمد قال القاضي أبو محمد وكتاب القاضي الى القاضي لا يثبت الا بشاهدين انه أشهدهما بما فيه رواه ابن وهب عن مالك في كتاب سحنون وجه ذلك انه حق من حقوق الابدان يطلع عليه الرجال (فرع) وأما ترشيد السفيه فقد قال أصبغ لا يجوز في ذلك شهادة رجلين حتى يكون ذلك فاشيا ويجوز افشاء ذلك بشهادة النسا وقد اختلف في شهادتهن * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه ومعنى ذلك عندي والله أعلم ان انفاذ الرجلين بعرفه ذلك من حاله يبعد ويترتب مع كونه متصرفا بين الناس ولا سيما أهل الثقة والصلاح فان الرشيد يقصد بمجالسته ومداخلته ولو قل ذلك لعرف حاله النساء من جيرانه وأهل بيته ومن يداخلهم فاذا افشاء ذلك بشهادة النساء جاز وان لم يوجد علم ذلك عند أحد غير الرجلين مع ما يلزم من ظهور ذلك وفشوه لم تصح الشهادة وقوله وقد اختلف في شهادة النساء في ذلك * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه ظاهره عندي جواز شهادة النساء في ذلك على غير وجه الفشو والظهور وذلك بأن تجوز منهن شهادة امرأتين في رجل في ترشيده الموجب لرفع ماله لما كان مقصودا لشهادة المال كشهادتهن مع رجل في الوكالة وعلى شهادة رجل في المال (مسئلة) والضرب الثالث شهادة امرأتين في الأموال والعقود التي تختص بالأموال فأما العقود التي لا تختص بالأموال ولكن مقصودها المال كالوكالة على المال والوصية بالنظر فيه فقد قال مالك وابن القاسم وابن وهب يثبت بشهادة رجل وامرأتين وقال ابن الماجشون وأشهب لا يثبت الا بشهادة رجلين وقال مالك من رواية ابن وهب يجوز نقل رجل وامرأتين بشهادة رجل وقاله أشهب قال أصبغ معناه عندي فيما يجوز فيه شهادة شاهد ويمين وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون لم يقل ذلك مالك ولا أحد من علمائنا في الوكالة ولا نقل الشهادة ولا في اسناد الوصايا ولا أجيزها وجه ذلك أن هذه شهادة مقصودها المال كالبيع ووجه القول الثاني ما احتج به سحنون من أني لو أجزت شهادة امرأتين ورجل في الوكالة لأجزت فيها مثل هذا ويمينا (مسئلة) والضرب الرابع الشاهد واليمين وسيأتي ذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى والضرب الخامس ما لا يطلع عليه الرجال فيثبت بشهادة امرأتين كالولادة والحمل والحيض وعيوب الفرج والاستهلال والرضاع فاذا شهدت امرأتان على استهلال الصبي فالظاهر من مذهب مالك وابن القاسم ان شهادتهما جائزة وقال سحنون في العتبية وغيرها انما تجوز شهادتهما على ذلك اذا بقي بدن الصبي حتى يشهد الرجال بالنظر اليه ميتا لان البدن لا يفوت والاستهلال يفوت وأما شهادة امرأتين على أن المولود ذكر ففي العتبية من رواية عيسى عن ابن

القاسم ما أراه إلا وسيكون مع شهادتهما يمين قال ابن القاسم في كتاب ابن سحنون لان شهادتهما على ماقال أصبغ عنه في العتبية والقياس أن لاتجوز لان ذلك يصير نسبا قبل أن يصير مالا و يورث بأدنى المنزلتين الا أن يخاف أن لايبقى الى أن يحضره الرجال فتجوز شهادتهما فيه وروى أشهب عن مالك في كتاب ابن سحنون شهادتهما لاتجوز في أنه ذكر وأخذ به أشهب قال سحنون القول قول أشهب لان الجسد لايفوت والاستهلال يفوت قال سحنون الا أن تكون الولادة بموضع لارجال فيه ويخاف على الجسد ان أخر دفنه فتجوز شهادة النساء حينئذ كما قال ابن القاسم (فرع) اذا شهد رجل وامرأة على استهلال الصبي لم تجز شهادتهما و به قال ابن الماجشون وابن عبد الحكم وأصبغ وذلك لارتفاع الضرورة بحضور الرجال فتسقط شهادة المرأة ولاتتم الشهادة برجل واحد قال ابن حبيب وقد سمعت من أرضى من أهل العلم يجيز ذلك ورآه أقوى من شهادة امرأتين وهو أحب الى

(فصل) ويلحق بهذا الفصل اختلاف فيه هل هو من باب الشهادة أو من باب الفتوى والخبر كالقائف ففي العتبية عن سحنون لايقضي بقائف واحد لانه يلحق به نسب و يكتب الى البلدان و ينتظر أبدا حتى يضم اليه آخر وقاله ابن القاسم وابن نافع عن مالك وروى محمد بن خالد عن ابن القاسم ان شهادة القائف الواحد مقبولة ومعنى ذلك عندي ان من جعله من باب الشهادة لم يقبل فيه الاقول اثنين ممن تجوز شهادتهما بالنسب ومن جعله من باب الفتوى والخبر قبل فيه قول واحد و يلزم عندي على هذا أن يقبل فيه قول العبد والمرأة وهو الأظهر اذا سأله الحاكم عن علمه لذلك ومن ذلك الترجمة لقول الخصم اذا لم يفهمه الحاكم أو لم يفهم أحدهما فقد قال مطرف وابن الماجشون يجزىء الواحد العدل والاثنان أحب الى والمرأة العدلة تجزئه في ذلك اذا كان مما تقبل فيه شهادة النساء قال سحنون في كتاب ابنه لاتقبل ترجمة النساء ولا ترجمة رجل واحد وهذا يجري على ماتقدم من اختلافهم في أمر القائف غير أن اشتراط ابن الماجشون ومطرف في قبول الترجمة من النساء أن يكون ذلك مما يقبل فيه شهادة النساء فيه نظر وذلك ان من عبر من أصحابنا عن ذلك بالشهادة وقد قبل فيه الرجل الواحد والمرأة فانما هو تجوز في عبارة وقد قال مالك وأصحابه لاتقبل امرأة واحدة في شيء من الأشياء واذا كان من باب الخبر والفتوى فيجب أن يقبل فيه قول المرأة الواحدة في كل شيء وانما يعتبر في ذلك العدالة كما يعتبر في المفتي والراوي للحديث وأما عيوب النساء والعبيد وغير ذلك فقد قال ابن الماجشون في الواضحة يأمر الحاكم من يثق بنظره وعلمه بالعيب أن ينظر اليه و يأخذ فيه بخبره وحده و بقول الطبيب وان كان غير مسلم إذ ليس من باب الشهادة ولكنه علم يؤخذ ممن يبصره من مرضي أو غير مرضي وهذا ما كان المختبر حاضرا فان غاب أو مات انتقل الى باب الشهادة عند ابن الماجشون فقال لايقبل فيه الا شهادة رجلين قال فان كان مما لايطلع عليه الرجال قبل فيه خبر امرأة واحدة فان غابت الأمة أو ماتت لم يقبل في ذلك الا شهادة امرأتين والله أعلم وأحكم

(مسئلة) والضرب السادس مالاتعتبر فيه العدالة وهو شهادة أهل الفقه بالتوسم وشهادة الصبيان فيما لايحضره غيرهم غالبا من الجراح والقتل قال الشيخ أبو القاسم لاتجوز شهادة النساء بعضهم على بعض في المواضع التي لايحضرها الرجال وقال بعض أصحابنا تجوز شهادتهن في ذلك واعتبرها بشهادة الصبيان

(فصل) وقوله فان أبى أن يحلف سقط وأحلف المطلوب يريد ان اليمين تنتقل من جنبة من له أولا لنكوله عنها الى جنبة الاخرى فان ثبت أولا في جنبة المدعي لقوتها بشاهد يشهد له فنكل عنه انتقلت الى جنبة المدعى عليه وان ثبتت أولا في جنبة المدعى عليه فنكل انتقلت الى جنبة المدعي

(فصل) وقوله فان حلف سقط عنه الحق وان أبى أن يحلف ثبت عليه الحق لصاحبه يريد ان اليمين اذا انتقلت الى جنبة المدعى عليه حين نكل المدعى عن اليمين مع شاهده فان المدعى عليه ان حلف سقطت عنه الدعوى لان يمينه انما هي لذلك وان أبى أن يحلف ثبت عليه الحق لان جنبته تضعف حينئذ بنكوله فلا ينتقل بمجرد الدعوى عليه الى اثبات الحق عليه وقال الشافعي لا يحكم بنكوله مع شاهد الدعوى والدليل على صحة ماذهب اليه مالك ان النكول بسبب مؤثر في الحكم فوجب أن يقضى به مع الشاهد كيمين المدعى ومعنى تأثيره ان اليمين تنتقل بنكول المدعى عليه الى جنبة المدعى فيحلف ويستحق ووجه آخر وهو ان من انتقلت اليه اليمين من خصمه فنكل عنها وجب القضاء عليه كاللذين لا بينة بينهما (مسئلة) فان نكل من شهد له الشاهد بحق فردت اليمين على المطلوب فحلف ثم وجد الطالب شاهدا آخر فروى ابن المواز انه لا يضم له الى الاول ورواه يحيى بن يحيى وابن سحنون عن ابن القاسم وروى ابن حبيب عن ابن عبد الحكم وابن الماجشون عن مالك أنه يضم له الى الاول ويقضى له به قال ابن كنانة هذا وهم وقد كان يقول لا يضم الى الاول وانما هو في المرأة تقيم شاهدا على طلاق فيحلف الزوج ثم تجد شاهدا آخر أنه لا يضم الى الأول لانه لم يوجد منها نكول وقاله ابن الماجشون وقال أصبغ بقول مالك يضاف له الشاهد الثاني الى الاول في الحقوق كالو لم يقم شاهدا فيحلف المطلوب ثم يصيب الطالب بينته انه يقوم بها * قال القاضي أبو الوليد رضى الله عنه وعندى ان هذه المسئلة مبنية على المسئلة التي احتج بها أصبغ والخلاف فيها كالخلاف في هذه (فرع) فاذا قلنا لا يضم الشاهد الثاني الى الاول ففي كتاب ابن المواز يؤتنف له الحكم فيحلف مع شاهده وقال ابن كنانة لا يحلف مع الشاهد الثاني لانه ترك حقه بالنكول ونحوه روى يحيى بن يحيى وابن سحنون عن ابن القاسم فاذا قلنا يحلف فنكل ثانية ففي الموازية ترد اليمين ثانية على المطلوب لان اليمين الاول انما سقط بها شهادة الشاهد الاول وقال ابن ميسر لا ترد اليمين على المطلوب ثانية لانه قد حلف على الحق مرة (مسئلة) ويقضى باليمين مع شهادة امرأتين خلافا للشافعي والدليل على ما نقوله ان شهادة المرأتين شهادة قبلت في الشرع مع شهادة رجل فجاز أن يقضى بها مع اليمين ص * قال مالك وانما يكون ذلك في الأموال خاصة ولا يقع ذلك في شئ من الحدود ولا في نكاح ولا في طلاق ولا في عتاقة ولا في سرقة ولا في فرية فان قال قائل فان العتاقة من الأموال فقد أخطأ ليس ذلك على ما قال ولو كان ذلك على ما قال لحلف العبد مع شاهده اذا جاء بشاهد [illegible] أن سيده أعتقه وان العبد اذا جاء بشاهد [illegible] على مال من الأموال ادعاه حلف مع شاهده واستحق حقه كما يحلف الحر [illegible] وانما يكون ذلك [illegible] الأموال خاصة قال سحنون في كتاب ابنه يقضى باليمين مع الشاهد في المال المعين وغير المعين الثابت في الذمة قال ابن وهب عن مالك في الأموال الحسنة من الذهب والورق والأثاث والرقيق قال ابن سحنون عن أبيه وفي الغصب والدين والهبة وأرش الجناية مما تحمله العاقلة ومالا تحمله وفي [illegible] وفي العيوب [illegible] التى من عيب الرقيق [illegible] ذلك ان الشهادة [illegible] المال والعقود المختصة بالمال (مسئلة) فان كانت الشهادة مما ليس يختص بالمال ولكن المقصود منها المال كالشهادة [illegible] فقد روى [illegible] عن ابن الماجشون لا يثبت كتاب قاض الى قاض بشاهد ويمين وان كان في مال وقال [illegible] يحلف مع شاهده ويثبت القضاء وجه قول عبد الملك أن هذه شهادة لا تختص بالمال [illegible] المقصود منها المال كالشهادة على النكاح ووجه قول مطرف [illegible] شهادة [illegible] المقصود منها المال [illegible] أموال

* قال مالك وانما يكون ذلك في الأموال خاصة ولا يقع ذلك في شئ من الحدود ولا في نكاح ولا في طلاق ولا في عتاقة ولا في سرقة ولا في فرية فان قال قائل فان العتاقة من الأموال فقد أخطأ ليس ذلك على ماقال ولو كان ذلك على ما قال لحلف العبد مع شاهده اذا جاء بشاهد أن سيده أعتقه وان العبد اذا جاء بشاهد على مال من الأموال ادعاه حلف مع شاهده واستحق حقه كما يحلف الحر

شيوخنا فيها في المجموعة وغيرها الطلاق وقولهم لا يجوز الشاهد واليمين الا حيث تجوز شهادة رجل وامرأتين وقال سحنون أصلنا ان كل ما جاز فيه شاهد ويمين جازت فيه شهادة النساء وكل ما لا يجوز فيه شاهد ويمين لم تجز فيه شهادة ويمين النساء وتقدم من القول ان الشاهد واليمين انما يجوز في المال وقد قال في المجموعة ابن القاسم وابن الماجشون وأشهب تجوز شهادة النساء في خطأ القتل والجراحات قال أشهب وفي العمد الذي لا قود فيه وان لم يكن معهن رجل حلف المجروح واستحق دية جرحه ووجه ذلك ان هذه شهادة انما يجب بها المال وبه فتثبت بشاهد ويمين كالشهادة بالبيع واختلف في جراح العمد فروى في العتبية سحنون عن ابن القاسم لا تجوز شهادة النساء في ذلك وروى في المجموعة وكتاب ابنه ان قول ابن القاسم اختلف في ذلك وقال ابن الماجشون وسحنون يجوز في ذلك شهادة النساء وجه القول الاول ان هذه شهادة لا يجب بها مال ولا تتعلق به فلم تثبت بشهادة النساء مع الرجال كالشهادة بقتل العمد ووجه القول الثاني ان هذا حق الآدمي لا يتعلق بتفويت نفس ولا ملك منافعها فأثبتت الشهادة بالبيع والاجارة (فرع) واذا قلنا تجوز في جراح العمد فقد قال عبد الملك في المجموعة والواضحة يجوز فيما صغر منها كالموضحة والأصبع ونحو ذلك مما يؤمن على النفس ولا يجوز فيما يخاف منه تلف النفس وقال سحنون في المجموعة وكتاب ابنه اختلف قول ابن القاسم في شهادة النساء فيما دون النفس قال والذي رجع اليه ابن القاسم أن ذلك لا يجوز ولا يعجبني وجه قول ابن الماجشون وسحنون ان الشهادة معتبرة [illegible] وجدنا التغليظ في الشهادة من جهتين من جهة العدد وله أقل وأكثر ومن جهة الذكورة [illegible] كان الزنا يتعلق بسفك الدم واتلاف حرمة العرض وتدخل به المعرة على الأهل والأقارب تغلظ بالوجهين بأكثر العدد والذكورة ولما كان قتل العمد يتعلق به سفك الدم خاصة تعلق بأعلى العددين والذكورة ولما كانت الأموال أقلها رتبة لم يتعلق بذكورة ولا عدد فتثبت بشهادة رجل وامرأتين وبامرأتين مع شاهد واحد ووجدنا الجراح تتنوع نوعين فنها ما يصغر ويقل خطره ويؤمن تعديه الى النفس غالبا فلم يدخله التغليظ وثبت بما تثبت به الأموال ومنها ما عظم وعظم خطره ويخاف تعديه الى النفس فدخله التغليظ الذي حصل في القتل لما يخاف أن يكون سببا اليه ووجه قول ابن القاسم ان الشهادة بما دون النفس شهادة بجراح لا تتناول النفس ولا سفك الدم فتثبت بشهادة رجل وامرأتين وبشهادة رجل ويمين أصل ذلك ما صغر من الجراح ويحتمل عندي أن يكون ابن القاسم يرى الاحتياط في اثبات القتل والجراح بالشاهدين واليمين كما يرى ذلك في اثباتها بشهادة الصبيان وانما تغلظ النفس بعدد الايمان والحالفين ولذلك اعتبر العدالة والذكورة في الشاهد بالقتل والله أعلم

(فصل) وقوله وانما يكون ذلك في الاموال خاصة دون الحدود والنكاح والطلاق والعتق والسرقة والفدية يريد أن اليمين مع الشاهد يحكم بها في الأموال ولا يحكم بها في المعاني التي نص عليها من الحدود والسرقة والفدية زاد ابن حبيب عن مطرف عن مالك والشرب قال مالك في الموطأ وكذلك الطلاق والنكاح والعتاق وانما لم يقض باليمين مع الشاهد في الحدود لأنها من حقوق الله تعالى وما كان من حقوق الله تعالى لم يتصور فيه القضاء باليمين مع شهادة المستحق وأما النكاح والطلاق والعتق فانها من حقوق الله تعالى وما تعلق بها من حقوق الآدميين كالنكاح والرجعة فهو حق يتعلق بجميع البدن كالقصاص في القتل ولا يثبت باليمين مع الشاهد هلال صوم ولا فطر ولا حج لما تقدم والله أعلم (فرع) اذا ثبت ذلك فالفرية وهي القذف بالزنا لا تثبت على القاذف بشاهد ويمين وروى ابن القاسم وابن وهب عن مالك في العتبيه والمجموعة أنه يحلف له ما قذفه فان نكل سجن له أبدا حتى يحلف وروى أصبغ عن ابن القاسم في العتبيه ان طال سجنه خلى سبيله ولا ضرب عليه

وتوجيه ذلك يأتي في حكم الشاهد بالطلاق والعتق ان شاء الله (مسئلة) وان أقام شاهدا أن فلانا شتمه قال أشهب عن مالك لا يقضى في هذا بشاهد ويمين ولكن ان كان الشاتم يعرف بالسفه والفحش عزر قيل أفهل الشاتم يمس قال نعم وعسى به أن أراه وليس كل ما رأى المرء أن يؤجاوه سنة وروى ابن حبيب عن مطرف عن مالك يقضي باليمين مع الشاهد في المشاتمة دون الحدود ووجه ذلك انه حق يستوفي منه لا يوجب حرمة وهو حق الآدمي فثبت بالشاهد واليمين كالمال (مسئلة) وان شهد شاهد أنه سرق لم يقطع يده ويحلف صاحب المتاع مع شهادة شاهده ويستحق عليه رد ما سرق واذا شهد عليه شاهد انه شرب خمرا لم يحد وأما النكاح فان شهد بعقد نكاح لم يثبت حكمه ولا يجب اليمين به على من ادعي عليه النكاح ولو ثبت النكاح وجهل الصداق ثبت قدر الصداق بالشاهد واليمين لانه حكم في مال (مسئلة) وأما الطلاق والعتق فان ادعته المرأة على زوجها والامة على سيدها فلا يمين على السيد ولا الزوج قال مالك ولا يأتها زوجها الامكرهة قال ابن القاسم والامة كذلك وان استطاعت أن تفتدى الزوجة بجميع مالها تفعل ووجه ذلك انها تعتقد الزانى وطئها فلا يحل لها ذلك الا بالاكراه الذي لا تستطيع دفعه واذا أمكنها أن تفتدى منه بجميع ما تملك لزمها ذلك كالتي تكون على الزنا (مسئلة) وان شهد شاهد بطلاق أو عتق فقد قال مالك يحلف الزوج والسيد ان أنكر فان حلف لم يلزمه شئ من الطلاق ولا العتق فان نكل ففي ذلك عن مالك روايتان قال ابن القاسم كان مالك يقول تطلق الزوجة ويعتق العبد عليه وبهذا قال أشهب ثم رجع فقال يحبس وهو الذي يختاره ابن القاسم وأكثر أصحابنا وجه القول الاول ان كل من لزمته يمين فان نكوله لا يوجب ردها فانه يوجب الحكم عليه والا فلا فائدة في الزامها اذا كان الامتناع منها يبطل حكمها ووجه آخر ان هذا نكل عن يمين وجبت عليه لابطال شهادة شاهد فوجب أن يحكم عليه بما شهد به الشاهد كما لو ردت عليه في الأموال ووجه القول الثاني ما احتج به ابن المواز بأني لو حكمت عليه لحكمت بشاهد بغير يمين فيكون ذلك أقل حالا من المال ومعنى ذلك ان هذا الشاهد ليس ممن يجب أن ينفذ عليه بشهادته ما شهد به بوجه لو اقترنت شهادته بيمين المدعي فاليمين يوجب شهادته بمنزلة اليمين التي توجبها الدعوى في الأموال وليست بمقوله اليه عن جنبة من كان يحكم له بيمينه فيحكم عليه بنكوله وانما هي للاستظهار واذا نكل عنها لم يحكم عليه بها عن مالك انه ان نكل (فرع) فاذا قلنا انها تطلق عليه بالنكول فقد روى أشهب عن مالك انه ان نكل ثم أراد أن يحلف فانه ليس له ذلك وكذلك العتق ووجه ذلك أن النكول تضعف جنبته ويقوى دعوى المدعي عليه الطلاق فاذا نكل فقد أقر من ضعف جنبته بما يوجب الحكم عليه فليس له الرجوع عن ذلك (فرع) واذا قلنا انه يحبس فقد روى عن مالك انه يحبس أبدا حتى يحلف أو واختاره سحنون ورواه يحيى بن يحيى عن ابن نافع في الطلاق والعتق وقال ابن القاسم يحبس حتى يطول عليه وتطلق والطول سنة وجه القول الأول انه انما سجن ليحلف فلا يخرج من السجن الا بما حبس لأجله ووجه قول ابن القاسم أن السجن انما هو عقوبة لامتناعه من اليمين ولا اختبار له والسنة مدة في الشرع لمعان من الاختبار كالعنة وغيرها وقد روى عن ابن نافع انه يسجن ويضرب له أجل الايلاء فاذا انقضى طلق عليه بعد ذلك هذا الذي رواه منه في نوادره الشيخ أبو محمد والذي في كتاب ابن مزين ان يحيى بن يحيى روى عنه ما تقدم ان محمد بن خالد روى عنه انه اذا طال سجنه على المرأة وأبى أن يحلف ضرب له الأجل فان حلف عند انقضائه خلي سبيله وردت اليه المرأة وان أبى أن يحلف طلقت عليه بالايلاء قال يحيى وقال أبو زيد بن قاضي أهل المدينة مثله ووجه ذلك انه ممنوع من الوطء بمعنى حرمته عليه فضرب له أجل الايلاء كالذي يحلف بطلاق زوجته ليفعلن فانه يدخل عليه الايلاء من يوم رفعته زوجته ويحكم به

* قال مالك فالسنة عندنا أن العبد اذا جاء بشاهد على عتاقته استحلف سيده ما أعتقه وبطل ذلك عنه * قال مالك وكذلك السنة عندنا أيضا في الطلاق اذا جاءت المرأة بشاهد أن زوجها طلقها أحلف زوجها ما طلقها فاذا حلف لم يقع عليه الطلاق * قال مالك فسنة الطلاق والعتاقة في الشاهد الواحد واحدة انما يكون اليمين على زوج المرأة وعلى سيد العبد وانما العتاقة حد من الحدود لا تجوز فيها شهادة النساء لأنه اذا عتق العبد ثبتت حرمته ووقعت له الحدود ووقعت عليه وان زنى وقد أحصن رجم وان قتل قتل به وثبت له الميراث بينه وبين من يوارثه فان احتج محتج فقال لو أن رجلا أعتق عبده وجاء رجل يطلب سيد العبد بدين له عليه فشهد له على حقه ذلك رجل وامرأتان فان ذلك يثبت الحق على سيد العبد حتى ترد به عتاقته اذا لم يكن لسيد العبد مال غير العبد يريد أن يجيز بذلك شهادة النساء في العتاقة فان ذلك ليس على ما قال وانما مثل ذلك الرجل يعتق عبده ثم يأتي طالب الحق على سيده بشاهد واحد فيحلف مع شاهده ثم يستحق حقه وترد بذلك عتاقة العبد أو يأتي الرجل قد كانت بينه وبين سيد العبد مخالطة وملابسة فيزعم أن له على سيد العبد مالا فيقال لسيد العبد احلف ما عليك ما ادعى فان نكل وأبى أن يحلف حلف صاحب الحق وثبت حقه على سيد العبد فيكون ذلك برد عتاقة العبد اذا ثبت المال على سيده * قال وكذلك أيضا الرجل

عليه الحاكم وهذا أشد من الخلاف لأنه يدعي عليه تحريم الزوجة وقد شهد به عليه شاهد

(فصل) وقوله فان قال قائل ان العتاقة من الأموال فقد أخطأ ولو كان على ما قال يحلف العبد مع شاهده على عتقه لأنه يجب مع شاهده في المال وهذا الذي قاله مبني على بيان معنى قولنا الشهادة على الأموال وذلك أن الشهادة على المال هي الشهادة بطلب مال يخرج من متمول له الى متمول آخر وليس هذا حكم الشهادة على العتاقة لأن الرقبة بالعتاقة لا تخرج الى متملك وذلك مثل المال يطلبه الرجل من الآخر فيشهد له بشاهد سواء كان ذلك المال دينا معلقا بذمته أو شيأ معينا مما يتملك وذلك على ثلاثة أوجه أحدها أن يباشر الشهادة مالا فيؤدي الى عتق أو الى نقضه أو الى طلاق زوجة وسيأتي ذكره أو تكون الشهادة تجر الى المال لا يحكم فيها بغير ذلك وان باشرت معنى آخر مثل الشهادة على الحر بجرح العبد فيحلف سيده مع شاهده ويستحق الارش قاله ابن حبيب في المجموعة وكتاب ابن حبيب وقال أشهب في العتبية من رواية عبد الملك بن الحسن اذا شهدت امرأتان على امرأة أنها ضربت بطن امرأة فألقت مضغة فلتحلف معهما وتستحق الغرة ولا كفارة على الضاربة وروى أشهب عن مالك في العتبية في الذي شهد له شاهد أنه وارث فلان فان لم يأت بغيره حلف واستحق قال أشهب وذلك اذا كان نسبه من الميت ثابتا ويكون الشاهد يشهد أنه لا يعلم له وارثا غيره فيحلف معه ويرث لأنه شهد على مال وكذلك الولاء يثبت للمعتق من أهل الولاء بالشاهد واليمين اذا ثبت الولاء لمن ورثوه عنه قاله الشيخ أبو محمد وفي كتاب ابن المواز من أقام شاهدا أنه وارث فلان أو مولاه لا يعلم له وارث غيره قال مالك يستأني بالمال حتى يؤيس أن يأتي أحد بأثبت من ذلك فيحلف معه ويقضى له بالمال ولا نسب له يثبت فهذا مخالف لما تقدم

(فصل) وقوله ان العبد يحلف مع شاهده في المال يقتضي أنه يحلف في قليل ذلك وكثيره لأن مالكا قال انه يحلف كما يحلف الحر وجه ذلك أنه يملك كما يملك الحر فوجب أن يحلف مع شاهده ليصل الى استحقاق ملكه كالحر ص * قال مالك فالسنة عندنا أن العبد اذا جاء بشاهد على عتاقته استحلف سيده ما أعتقه وبطل ذلك عنه * قال مالك وكذلك السنة عندنا أيضا في الطلاق اذا جاءت المرأة بشاهد أن زوجها طلقها أحلف زوجها ما طلقها فاذا حلف لم يقع عليه الطلاق * قال مالك فسنة الطلاق والعتاقة في الشاهد الواحد واحدة انما يكون اليمين على زوج المرأة وعلى سيد العبد وانما العتاقة حد من الحدود لا تجوز فيها شهادة النساء لأنه اذا اعتق العبد ثبتت حرمته ووقعت له الحدود ووقعت عليه وان زنى وقد أحصن رجم وان قتل قتل به وثبت له الميراث بينه وبين من يوارثه فان احتج محتج فقال لو أن رجلا أعتق عبده وجاء رجل يطلب سيد العبد بدين له عليه فشهد له على حقه ذلك رجل وامرأتان فان ذلك يثبت الحق على سيد العبد حتى ترد به عتاقته اذا لم يكن لسيد العبد مال غير العبد يريد أن يجيز بذلك شهادة النساء في العتاقة فان ذلك ليس على ما قال وانما مثل ذلك الرجل يعتق عبده ثم يأتي طالب الحق على سيده بشاهد واحد فيحلف مع شاهده ثم يستحق حقه وترد بذلك عتاقة العبد أو يأتي الرجل قد كانت بينه وبين سيد العبد مخالطة وملابسة فيزعم أن له على سيد العبد مالا فيقال لسيد العبد احلف ما عليك ما ادعى فان نكل وأبى أن يحلف حلف صاحب الحق وثبت حقه على سيد العبد فيكون ذلك برد عتاقة العبد اذا ثبت المال على سيده * قال وكذلك أيضا الرجل

ينكح الأمة فتكون امرأته فيأتي سيد الأمة الى الرجل الذي تزوجها فيقول له ابتعت مني جاريتي فلانة أنت وفلان بكذا وكذا دينارا فينكر ذلك زوج الأمة فيأتي سيد الأمة برجل وامرأتين فيشهدان على ماقال فيثبت له بيعه ويحق حقه وتحرم الامة على زوجها ويكون ذلك فراقا بينهما وشهادة النسب لاتجوز في الطلاق * قال مالك ومن ذلك أيضا الرجل يفتري على الرجل الحر فيقع عليه الحد فيأتي رجل وامرأتان فيشهدون أن الذي افترى عليه عبد مملوك فيضع ذلك الحد عن المفتري بعد أن وقع عليه وشهادة النساء لاتجوز في الفرية * قال مالك ومما يشبه ذلك أيضا مما يفترق فيه القضاء وما مضى من السنة ان المرأتين يشهدان على استهلال الصبي فيجب بذلك ميراثه حتى يرث ويكون ماله لمن يرثه ان مات الصبي وليس مع المرأتين اللتين شهدتا رجل ولايمين وقد يكون ذلك في الأموال العظام من الذهب والورق والرباع والحوائط والرقيق وماسوى ذلك من الأموال ولو شهدت امرأتان على درهم واحد أو أقل من ذلك أو أكثر لم تقطع شهادتهما شيأ ولم تجز الا أن يكون معهما شاهد أو يمين * ش قوله ان العبد اذا جاء بشاهد ان سيده أعتقه حلف السيد وبطل العتق وكذلك المرأة تدعي طلاق زوجها يحلف الزوج ولايلزمه طلاق فان وجد العبد أو الزوجة بعد اليمين شاهدا آخر فانه يضم الى الشاهد الأول ويقضي بهما بالعتق والطلاق قال ابن المواز لانه لم أولا من اليمين فلم يوجد منه نكول يسقط به الشاهد كالصغير يقوم له شاهد بحق فيحلف المطلوب ثم يوجد له شاهد آخر بذلك الحق فانه يحكم له به (مسئلة) ولو كان العبد اذا أقام شاهدا بعد موت سيده انه أعتقه في مرضه ففي كتاب ابن المواز ان الورثة يحلفون على العلم ووجه ذلك انه لاطريق لهم الى القطع بذلك كسائر مايدعى عليه من الحقوق

(فصل) وقوله ان العتاقة من الحدود يريد انه يتعلق بها حق لله تعالى ولذلك لو اتفق السيد والعبد على ابطال العتق لم يكن لهما ذلك وقد ذكر الله تعالى الطلاق فقال الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح باحسان وقال عز من قائل تلك حدود الله فلاتعتدوها فوصف الطلاق وما ذكر معه بانه من حدود الله تعالى

(فصل) وقوله لاتجوز فيها شهادة النساء يريد لاينفذ العتق والطلاق بشهادة النساء فلو شهد رجل وامرأتان بعتق أو طلاق لم تجز في ذلك شهادتهم بمعنى أن يحكم بالطلاق ولو شهدت امرأتان على رجل بطلاق امرأته أو عتق عبده وجبت بشهادتهما على الزوج والسيد اليمين وليست ههنا شهادة على الحقيق لانه لايحكم بمايقتضيه من الطلاق وانما يجب بها اليمين على الزوج وهي تشبه الشاهد العدل في المقاسمة

(فصل) وقوله لانه اذا اعتق العبد ثبتت حرمته ووقعت له الحدود ووقعت عليه وان زنا وقد أحصن رجم وان قتل قتل به وثبتت له المواريث يريد بقوله ثبتت حرمته انه ثبتت له حرمة الحرية فتكمل ديته دية الحر ويثبت القصاص بينه وبين الحر في النفس والأطراف ومن قذفه مع العفة حد ويريد بقوله ووقعت له الحدود ان من قذفه حد لقذفه مع العفة ويريد بقوله ووقعت الحدود عليه وتتم له حدود الحر في القذف والزنا وشرب الخمر ورجم في الزنا مع الاحصان وهذه كلها معان تثبت للانسان من أحكام الحرية فلايقبل فيها شهادة النساء ولذلك استدل شيوخنا بالحرية على أن شهادة النساء لايحكم بها في العتاقة

(فصل) وقوله فان احتج محتج بمن أعتق عبده وجاء من يطلبه بدين تشهد له به رجل وامرأتان ثبت

وكذا دينارا فينكر ذلك زوج الأمة فيأتي سيد الامة برجل وامرأتين فيشهدون على ماقال فيثبت بيعه ويحق حقه وتحرم الأمة على زوجها ويكون ذلك فراقا بينهما وشهادة النساء لاتجوز في الطلاق * قال مالك ومن ذلك أيضا الرجل يفتري على الرجل الحر فيقع عليه الحد فيأتي رجل وامرأتان فيشهدون أن الذي افترى عليه عبد مملوك فيضع ذلك الحد عن المفتري بعد أن وقع عليه وشهادة النساء لا تجوز في الفرية * قال مالك ومما يشبه ذلك أيضا مما يفترق فيه القضاء وما مضى من السنة ان المرأتين يشهدان على استهلال الصبي فيجب بذلك ميراثه حتى يرث ويكون ماله لمن يرثه ان مات الصبي وليس مع المرأتين اللتين شهدتا رجل ولا يمين وقد يكون ذلك في الأموال العظام من الذهب والورق والرباع والحوائط والرقيق وما سوى ذلك من الأموال ولو شهدت امرأتان على درهم واحد أو أقل من ذلك أو أكثر لم تقطع شهادتهما شيأ ولم تجز الا أن يكون معهما شاهد أو يمين

الحق على السيد ان كان معسرا ورد عتق العبد محتجا بذلك لاجازة شهادة النساء في العتق فليس على ما قال وقدرد العتق هذا الوجه بالشاهد على السيد بدين مع يمين الطالب أو بدعوى المدعى ونكول السيد هذا كله غلط قاله مالك لان عتق الرجل عبده وعليه دين يحيط بماله والعبد غير جائز سواء كان عتقه واجبا أو تطوعا لانه ليس له اتلاف أموال الناس بأداء الكفارة منها أو عتق تطوع وانما جاز أن يرد العتق بشهادة رجل وامرأتين و بشهادة امرأتين و يمين الطالب أو شهادة رجل و يمين الطالب لان الشهادة لاتباشر رد العتق ولاتتناوله وانما تتناول اثبات الدين فاذا ثبت الدين بهذه الشهادة مع مايقترن بها رد العتق بثبوت الدين المتقدم عليه المانع منه وهذا كما يقول انه تجوز شهادة النساء في الولادة وثبت النسب بها ولو شهدت به النساء لم يثبت بشهادتهن (مسئلة) وأما قوله ان العتق يرد بنكول السيد عن اليمين فهو قول مالك في الموطأ وكذلك وقع في العتبية والمجموعة وفي كتاب ابن مزين عن ابن القاسم لاترد بذلك عتاقة العبد زاد أبو محمد في روايته ولا باقراره ان أقر أن عليه دينا وجه ذلك أن النكول من فعله فليس له أن يرق به العبد لانه رجوع في عتقه كاقراره بالدين

(فصل) وقوله وكذلك أيضا الرجل تكون تحته أمة غيره فيأتي سيدها برجل وامرأتين يشهدون أن الزوج اشتراها من السيد فيثبت الشراء وتحرم الأمة على زوجها وان كانت شهادة النساء لاتجوز في الطلاق قال عبد الملك في كتاب ابن سحنون والنساء في هذا لم يشهدن في نفس الفراق وانما يشهدن في مال جر الى ماذكرت قال سحنون وكذلك شهادتهن في من غر من نفسه بالحرية انه مملوك لفلان جازت فيحلف بعضهن و يرق له و يبطل الحد عمن قذفه وتصير حدوده حدود عبد ولو كان قذف أو قذف فشهد امرأتان انه مملوك لغائب أو صغير فالحد قائم له رواه ابن المواز عن أشهب قال ابن المواز ومتى قدم الغائب أو كبر الصغير حلف واستحق رقبته ووجه ذلك عندي انه لايصح الحكم برقه الآن لعدم من يدعيه و يحلف مع شهادة المرأتين فيبقى على حكم الرق الى أن يدعيه مدع و يحلف مع شهادتهما قال ابن الماجشون ولو شهدت امرأتان على أداء كتابة مكاتب لحلف وتم عتقه وهذا كله على نحو ما تقدم

(فصل) وقوله ممايشبه ذلك أيضا ان المرأتين تشهدان على استهلال الصبي فيجب بذلك ميراثه حتى يرث و يورث دون أن يكون معهما شاهد أو يمين ويكون ذلك في الاموال العظام ولو شهدت امرأتان على درهم واحد أو أقل لم يحكم بشهادتهما الا ان يكون معهما شاهد أو يمين يريد ان شهادة المرأتين تقبل و يحكم بها دون أن يقترن بها شئ فيما لايطلع عليه الرجال كالاستهلال والولادة قال القاضي أبو محمد الا الرضاع وسيأتي ذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى وكذلك اذا شهدت امرأتان أن فلانة أسقطت حلت من عدتها للازواج قال مالك في كتاب ابن سحنون شهادة امرأتين تجوز فيما لايطلع عليه غيرهن مما تحت الثياب من العيوب والحيض والولادة والاستهلال وشبه ذلك ووجه ذلك انه اذا كان ممالايجوز للرجال النظر اليه لم تصح شهادتهم فيه وهو ممايطلع عليه النساء فتدعو الضرورة الى تجويز شهادتهن وفيه قد نص الله على قبول شهادتهن حيث تجوز شهادة الرجال فبان تجوز حيث لاتصح شهادة الرجال ولا يمكن اطلاعهم عليه أولى (مسئلة) واذا ادعى الزوج أن زوجته رتقاء أو بها داء الفرج قال سحنون أصحابنا يرون انها مصدقة وأنا أرى ان ينظر النساء الى عيوب المرأة الحرة التي في الفرج وقد تقدم هذا في النكاح وأمر سحنون في صبية أراد أولياؤها

تزويجها فأمر امرأتين عادلتين أن تنظرا اهل أنبتت فأخبرتاه ان قد أنبتت فأذن لهم في انكاحها وأماما كان في غير الفرج فانه يبعد من ذلك الموضع لينظر اليه الشهود وكذلك لو أصابتها علة في موضع يحتاج أن ينظر اليه الطبيب بعد عن ذلك الموضع فينظر اليه الاطباء قال سحنون ووجه ذلك انه ليس بمغلظ كنفس العورة وانما يحرم النظر بكل حال في حق الرجل الى نفس العورة (مسئلة) وأما شهادة امرأتين على الرضاع فقد قال القاضي أبو محمد عن مالك في ذلك روايتان احداهما انه لا يكفي في ذلك الا ان يفشو عند الجيران ويظهر وينتشر والاخرى ان شهادتهما مقبولة وان لم يفش قال وجه الرواية الاولى ان الرضاع وان كان مما ينفرد به النساء فتتعلق به أحكام شرعية ولا يكاد يخفى أمره غالبا بل يفشو فاذا عرا من الظهور والانتشار ضعفت الشهادة ووجه الرواية الثانية اعتبار ابسائر الشهادات قال وهذا أصح وقد ذكر شيوخنا المتقدمون في ذلك ما يعتمد عليه أيضا ففي الموازية عن مالك ان شهادة المرأتين في الرضاع بعد عقد النكاح لا تجوز الا بالسماع الفاشي الفوي الذي يأتي من غير وجه ولا وجهين وفي المجموعة عن ابن الماجشون مثله وزاد ولا يفسخ النكاح منه الا بالامر القوي المنتشر قال سحنون في كتاب ابنه وأما ما كان من ذلك قبل التزويج وان ضعف فحقيق على المرء فيه التوقي والحيطة فاقتضى ذلك ان ما تقدم من قول مالك وابن الماجشون انما هو في فسخ النكاح المنعقد قبل الشهادة (مسئلة) وأما شهادة امرأتين في الرضاع فقد تقدم من قول القاضي أبي محمد فيها ما فيه كفاية وأما شهادة المرأة الواحدة بالرضاع ففي الموازية عن مالك لا يعمل بها الا ان يفشو في الصغر عند المعارف وقال أيضا لا يقضي بقولها وأحب الي أن يصدقه الزوج قال محمد يريد ان كانت عادلة فانما يقع الخلاف منه في فسخ النكاح وأما التوقي منه فتتفق عليه قال محمد الا ان يطول مقامه معها بعلم المرأتين فلا تجوز شهادتهما يريد وان كان معهما الخبر فاشيا والله أعلم وأحكم (مسئلة) فاذا قلنا تقبل شهادة النساء بانفرادهن فيما تقدم فانه يقبل فيه شهادة امرأتين دون يمين الطالب هذا قول مالك وقال عطاء والشعبي لا يجزئ أقل من أربع وبه قال الشافعي ووجه ذلك ان كل جنس يجوز الجنس منه بانفراده فانه يجزئ منه الاثنان كالرجل ولا تجزئ الواحدة خلافا لليث وأبي حنيفة في قوله تقبل شهادة الواحدة في العورة وهو ما بين الركبة الى السرة والدليل على ما نقوله انه لا يجوز في حق من الحقوق شهادة الرجل الواحد ولا خلاف انه أبلغ في باب الشهادة من المرأة ولذلك جعل الرجل في مقابلة امرأتين ثم ثبت وتقرر انه لا يحكم بشهادة رجل واحد دون أن يقارنه شيء فبان لا يحكم بشهادة امرأة واحدة أولى وأحرى

(فصل) وأما قوله لشهادة امرأتين على الولادة والاستهلال تثبت الميراث وعلق بذلك الاموال العظام من العين والرباع وغيرها ولا يحكم بشهادتهما في درهم فلما ذكرناه من ان شهادتهما تجوز في المواضع المذكورة التي لا يطلع عليها الرجال فيحكم بذلك لما ذكرناه ويؤول ذلك الى الحكم بالاموال العظام عن وجه التبع لا على وجه المباشرة فلو باشرت شهادتهن درهما واحدا لم يحكم بشهادتهن في درهم لأن العدد الكثير منهن حيث يجوز الرجال انما هي بمنزلة الرجل الواحد فكذلك لا تجوز شهادتهن في العتق وتجوز فيما يفضي الى العتق ويؤول اليه والله أعلم وأحكم ص

قال مالك ومن الناس من يقول لا تكون اليمين مع الشاهد الواحد ويحتج بقول الله تبارك وتعالى وقوله الحق واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من

قال مالك ومن الناس من يقول لا تكون اليمين مع الشاهد الواحد ويحتج بقول الله تبارك وتعالى وقوله الحق واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من

الشهداء يقول فان لم يأت برجل وامرأتين فلا شئ له ولا يحلف مع شاهده * قال مالك فمن الحجة على من قال ذلك القول ان يقال له أرأيت لو أن رجلا ادّعى على رجل مالا أليس يحلف المطلوب ما ذلك الحق عليه فان حلف بطل ذلك عنه وان نكل عن اليمين حلف صاحب الحق ان حقه لحق وثبت حقه على صاحبه فهذا مما لا اختلاف فيه عند أحد من الناس ولا ببلد من البلدان فبأى شئ أخذ هذا أو فى أى كتاب الله وجده فان أقر بهذا فليقرر باليمين مع الشاهد وان لم يكن ذلك فى كتاب الله عز وجل وانه ليكفى من ذلك ما مضى من السنة ولكن المرء قد يحب أن يعرف وجه الصواب وموقع الحجة ففى هذا بيان ما أشكل من ذلك ان شاء الله تعالى * ش قوله ان احتج محتج على من يجيز اليمين مع الشاهد بأن الله تعالى يقول فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان قال وهذا يقتضى ان عدم الرجلان لا يجزئ الا رجل وامرأتان والزيادة فى النص عندهم نسخ ولا يجوز نسخ القرآن بالقياس ولا باخبار الآحاد والجواب ما أجاب به ان من ادعى على رجل مالا فان المطلوب يحلف ما ذلك الحق عليه وهذا مما لا خلاف فيه بين الأئمة وليس هذا فى كتاب الله ويلزم أبا حنيفة على قوله هذا أن لا يثبت حكم بحديث صحيح ولا قياس ولا يثبت الا بما يجوز فيه النسخ للقرآن لان هذا كله زيادة فى نص القرآن وان لم يكن هذا زيادة فى نص القرآن لانه ينافى النص فكذلك ما ذكرناه فانه لا ينافى النص فانه او قال فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان أو فرجل ويمين الطالب لصح ذلك وقال كثير من أصحابنا ان الزيادة فى النص ليست بنسخ لان النسخ ازالة الحكم الثابت بشرع متأخر عنه على وجه لولاه لكان ثابتا والزيادة فى النص لا تزيل حكم المزيد عليه بل تبينه وتضيف اليه شيأ آخر ولذلك اذا فرضت الصلاة ثم فرض الصيام لم يكن فرض الصيام نسخا لفرض الصلاة وقال القاضى أبو بكر ان الزيادة فى النص اذا غيرت حكم المزيد عليه فهو نسخ واذا لم تغيره فليس بنسخ ومعنى تغييره له أن يؤمر بالصلاة ركعتين ثم يؤمر بها أربع ركعات فهذا نسخ لان الركعتين ليستا بشرعية بعد الأمر بالأربع ولو افتتح الصلاة على ركعتين وأتمها على حسب ما كان يصليها قبل ذلك وسلم منها ثم أراد أن يضيف اليهما ركعتين أخريين يتم بهما ظهره أو عصره لم يجز ذلك فهذا نسخ وأما الذى لا يغير حكم المزيد فمثل أن يأمر بالحد أربعين ثم يؤمر بثمانين فهذه الزيادة لا تغير حكم المزيد ولو ابتدأ ضربه على أربعين وأتمها على حسب ما كان يأتى بها قبل الأمر بالثمانين ثم أراد أن يتم عليه الثمانين كان له ذلك وفى مسئلتنا هذه الزيادة التى يزعمها بالحكم بالشاهد واليمين لم تغير حكم المزيد عليه بل يقبل شهادة الشاهدين وشهادة الرجل والمرأتين على حسب ما كان يقبل ذلك قبل الأمر بالحكم بالشاهد واليمين

(فصل) وقوله بعد ذلك فان نكل المدعى عليه حلف صاحب الحق ليس مما لا اختلاف فيه فان أبا حنيفة وأكثر الكوفيين لا يرون رد اليمين على المدعى بنكول المدعى عليه ولا يثبت عندهم فى جنبة مدعى المال فيحتمل أن يريد بقوله انه مما لا اختلاف فيه فى بلد من البلدان ولا بين أحد من الناس ايجاب اليمين على المنكر دون رد اليمين على المدعى بنكول المنكر فانه ممنا من خلاف أهل الكوفة وسيأتى ذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى

(فصل) وقوله وانه ليكفى من هذا ما مضى من السنة لعله يريد الحديث الذى أورده لان أهل الكوفة وسائر الناس كانوا فى ذلك الزمن يقولون بالمراسيل وقوله ولكن المرء يحب أن يعرف وجه الصواب وموقع الحجة يريد أن يعرف وجه الصواب من جهة المعنى والقياس وقطع اعتراض

الشهداء يقول فان لم يأت برجل وامرأتين فلا شئ له ولا يحلف مع شاهده * قال مالك فمن الحجة على من قال ذلك القول أن يقال له أرأيت لو أن رجلا ادعى على رجل مالا أليس يحلف المطلوب ما ذلك الحق عليه فان حلف بطل ذلك عنه وان نكل عن اليمين حلف صاحب الحق ان حقه لحق وثبت حقه على صاحبه فهذا مما لا اختلاف فيه عند أحد من الناس ولا ببلد من البلدان فبأى شئ أخذ هذا أو فى أى كتاب الله وجده فان أقر بهذا فليقرر باليمين مع الشاهد وان لم يكن ذلك فى كتاب الله عز وجل وانه ليكفى من ذلك ما مضى من السنة ولكن المرء قد يحب أن يعرف وجه الصواب وموقع الحجة ففى هذا بيان ما أشكل من ذلك ان شاء الله تعالى

المعترض عليه بتأويل أو غيره لان ذلك أقوى لغلبة الظن وأبين لوجه تعلق ذلك الحكم بما يتعلق به وما هو مثله والله أعلم

﴿ القضاء فيمن هلك وله دين وعليه دين له فيه شاهد واحد ﴾

ص ﴿ قال يحيى قال مالك في الرجل يهلك وله دين عليه شاهد واحد وعليه دين للناس لهم فيه شاهد واحد فيأبى ورثته أن يحلفوا على حقوقهم مع شاهدهم قال فان الغرماء يحلفون ويأخذون حقوقهم فان فضل فضل لم يكن للورثة منه شيء وذلك أن الأيمان عرضت عليهم قبل فتركوها الا أن يقولوا لم نعلم لصاحبنا فضلا ويعلم أنهم انما تركوا الأيمان من أجل ذلك فاني أرى أن يحلفوا ويأخذوا ما بقي بعد دينه ﴾ ش وهذا على ما قال ان المتوفى اذا كان عليه ديون وله دين فشهد له شاهد أن للورثة أن يحلفوا مع الشاهد ويبدأ الغرماء لان الدين مقدم على الميراث فان فضل شيء كان لهم بالميراث فان نكل الورثة حلف الغرماء وهذا الظاهر من المذهب أن الورثة يبدؤن باليمين على الاطلاق وبهذا قال مالك وأكثر أصحابه قال سحنون انما كان للورثة أن يحلفوا أولا في مسئلة الأصل لان الغرماء لو نكلوا عن اليمين انهم لم يقبضوا دينهم كان للورثة اليمين مع الشاهد أولا اذا لم يقم الغرماء فان قاموا وثبتت حقوقهم وطلبوا أن يحلفوا فهم المبدؤن بها لانهم أولى بتركته وجه القول الأول ان الورثة أولى بالتركة بدليل أن للورثة أن يدفعوا الى الغرماء من أموالهم ويختصون بالتركة دون الغرماء ولو كان الميت حيا لما كان للغرماء أن يحلفوا فكذلك مع ورثته لانهم يقومون مقامه ما أرادوا التركة ووجه القول الثاني قوله تعالى من بعد وصية يوصى بها أو دين فلما كان أصحاب الدين مبدئين قبل الورثة في الأخذ فكذلك في الأيمان اذا حكم لهم بصحة دينهم (فرع) اذا ثبت ذلك فالاختلاف بين مالك وسحنون في تبدئة الغرماء والورثة بالأيمان على الوجه الذي تقدم وقال محمد والمعروف من قول مالك ان الورثة مبدؤن بالأيمان ان كان في المال فضل فان لم يكن فيه فضل حلف الغرماء فان نكلوا احلف الغريم وبرئ والذي روى ابن وهب عن مالك خلاف هذا وخلاف قول سحنون وهو أشبه بما في الموطأ فانه روى عنه اذا أقام للغرماء شاهد للميت بدين ان الورثة يحلفون معه فان نكلوا احلف غريمه فان حلف برئ ولم يكن للغرماء أن يحلفوا ولو حلفوا واستحقوا فقدر دينهم فان فضل شيء لم يأخذه الورثة الا باليمين فدل قوله ان الغرماء اذا نكلوا ابتداء انهم انما قاموا به بعد ثبوت حقوقهم واستحلافهم انهم قبضوا دينهم ولولا ذلك لما كان لهم القيام بالشاهد ومع ذلك فالورثة مبدؤن بالأيمان لما تقدم ودل قوله في آخر المسئلة فان فضل شيء لم يأخذه الورثة الا باليمين على انه لم يفضل شيء فان الحكم فيه ما تقدم (فرع) واذا امتنع الورثة من اليمين أولا فحلف الغرماء وبقي من الدين الذي حلف عليه الغرماء فهل للورثة أن يحلفوا ويأخذوه وقد تقدم من رواية ابن وهب ان لهم ذلك على الاطلاق وفي المجموعة من قول مالك ليس للورثة معاودة اليمين لنكولهم عنها أولا الا أن يقولوا لم نعلم ان في دين الميت فضلا عن الديون التي عليه ويعلم ذلك الآن فيحلفون ويأخذون الفضل وهو معنى ما في الموطأ وجه القول الاول انه نكولهم أولا لم يكن نكولا عن أخذ الحق وانما كان امتناعا من يمين يصير ما يستحق بها الى غيره ولو كان نكولا لا حكم للنكول انما يقلب اليمين الى الغرماء وانما كانت تنتقل الى المطلوب وهذه اليمين في الحقيقة انما هي عن ينوب فيها الورثة عن الغرماء فاذا استوفى الغرماء أيمان الورثة حينئذ يستحقون بها ما يحلفون عليه فان نكلوا حينئذ عن اليمين لم يكن لهم

﴿ القضاء فيمن هلك وله دين وعليه دين له فيه شاهد واحد ﴾

* قال يحيى قال مالك في الرجل يهلك وله دين عليه شاهد واحد وعليه دين للناس لهم فيه شاهد واحد فيأبى ورثته أن يحلفوا على حقوقهم مع شاهدهم قال فان الغرماء يحلفون ويأخذون حقوقهم فان فضل فضل لم يكن للورثة منه شيء وذلك أن الايمان عرضت عليهم قبل فتركوها الآن يقولوا لم نعلم لصاحبنا فضلا ويعلم أنهم انما تركوا الايمان من أجل ذلك فاني أرى أن يحلفوا ويأخذوا ما بقي بعد دينه

معاودتها ووجه القول الثاني ان الورثة اذا حلفوا فانما يحلفون على جميع الدين فاذا نكلوا فقد بطل حقهم منه كالشركاء في الميراث من حلف منهم فانما يحلف على اثبات جميع الدين من نكل بطل حقه وثبتت اليمين لغيره في حصته فاذا علم الورثة بالفضل فنكلوا عن اليمين فقد أبطلوا حقهم منه وان لم يعلموا به ثبت لهم اليمين عند ظهوره (مسئلة) ولو حلف الغرماء وطرأ مال آخر للميت فلهم الأخذ منه وليس للغرماء أخذ الدين الذي فيه الشاهد الا بأيمانهم قاله أصبغ ومحمد بن عبد الحكم وزاد اذا كان الغرماء لم يأخذوا حقوقهم من الدين حلفوا مع الشاهد فيه وأراه معنى قول أصبغ قال ابن المواز ليس للغرماء ولا للورثة أخذ الدين الا بيمين الورثة ولا يغني يمين الغرماء التي حلفوا وجه القول الاول انه لما حلف الغرماء كان لهم أخذ دينهم بما حلفوا عليه فاما اذا أخذوا من غيره وتركوا ذلك الدين فقد صار حقا للورثة فلا يصح يمين الغرماء فيه فلا بد أن يقترن بالشاهد يمين الورثة الذين ينتقل اليهم الدين بالميراث ووجه قول ابن المواز انه لما ظهر المال للميت تبين ان ايمان الغرماء كانت لغوا لا يستحق بها حق لان دينهم في الذي لا يحتاج الى استحقاقه الى يمين فكان بمنزلة أن يحلفوا مع ظهور المال ويختاروا الحلف والأخذ من الدين دون المال الظاهر وقد قال محمد بن عبد الحكم لا يحلف ههنا الا الورثة وانما يحلف الغرماء اذا لم يكن للميت مال ظاهر يقتضي منه الدين غير المال الذي يستحق بالشاهد واليمين ويجوز أن يكون محمد بن عبد الحكم يرى ذلك في المال المعلوم دون المال الذي لا يعلم به رواه ابن المواز في الوجهين (مسئلة) ويحلف كل واحد من الغرماء على ان الدين الذي شهد به الشاهد جميعه حق ليس على ما ينوبه رواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون في المفلس يحلف غرماؤه مع شاهده على دينه * قال القاضي أبو الوليد وهذا عندي مثله ووجه ذلك ان حق كل انسان منهم شائع في جميع الدين فانما يحلف على اثبات جميعه (مسئلة) ومن نكل منهم فلا محاصة له مع من حلف قاله مطرف وابن الماجشون في مسئلة المفلس ووجه ذلك انه بنكوله قد أبطل حقه مما حلف عليه أصحابه كما لو نكل جميعهم (فرع) ومن حلف أخذ جميع حقه من هذا الدين لا مقدار ما يقع له منه لو حلف أصحابه أو قام به شاهدان قاله محمد بن عبد الحكم وفي العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم ان نكل يعطى الغرماء كان لمن حلف بقدر حقه وبعد القول الاول ان من نكل منهم عن اليمين فقد بطل حقه من الدين وكأنه لم يكن له في هذا المال حق فلا تأثير لما ادعاه فيه ولم يتعلق بمال الميت الا دين من حلف فوجب أن تكون المحاصة على ذلك ووجه رواية عيسى ان الغرماء لم يناكر بعضهم بعضا فمن حلف منهم استحق حقه في مال الميت ومن نكل بطل حقه فلم يرجع ذلك الى أصحابه ولذلك لا ترد الايمان عليهم وانما رجع نصيبه الى من يستحق مال الميت ممن يناكره هذا المدعي وعليه ترد اليمين والله أعلم وأحكم (مسئلة) فان رجع أحد من الغرماء بعد نكوله الى أن يحلف ويأخذ حصته قال مطرف في مسئلة المفلس ليس له ذلك وقال ابن الماجشون له ذلك فوجه رواية مطرف أن النكول يبطل حق الناكل ويمنعه معاودة ما نكل عنه كما لو نكل صاحب الدين ووجه قول ابن الماجشون ما احتج به من انه يقول لم أكن تحققت الأمر فأردت أن أكشف عنه وأبحث وقد تحققته الآن (مسئلة) وهل يحلف الغرماء مع الشاهد بابراء الميت من دين ثبت عليه بشاهدين وقام له شاهد بالابراء منه روى عيسى عن ابن القاسم في العتبية يحلف الغرماء على ابرائه وينفرد دون بالتركة روى ابن حبيب عن أصبغ لا يحلف الغرماء في ابراء الميت وانما يحلفون في دين له وجه القول الأول ان هذه يمين يصل بها الغريم الى استيفاء حقه فوجب أن

يستوفى فيها الابراء واثبات الدين كيمين من عليه الحق ووجه قول أصبغ ما احتج به من أن يمين الغريم على ابراء الميت رجم بالغيب لانه لايعلم ذلك وقال ابن المواز ليس هذا رجما بالغيب وانما حلف بخبر مخبر كحلفه على اثبات دين له

﴿ القضاء فى الدعوى ﴾

ص ﴿ قال يحيى قال مالك عن حميد بن عبد الرحمن المؤذن أنه كان يحضر عمر بن عبد العزيز وهو يقضى بين الناس فاذا جاءه الرجل يدّعى على الرجل حقا نظر فان كانت بينهما مخالطة أو ملابسة أحلف الذى ادّعى عليه وان لم يكن شئ من ذلك لم يحلفه * قال مالك وعلى ذلك الأمر عندنا انه من ادّعى على رجل بدعوى نظر فان كانت بينهما مخالطة أو ملابسة أحلف المدّعى عليه فان حلف بطل ذلك الحق عنه وان أبى أن يحلف وردّ اليمين على المدّعى فحلف طالب الحق أخذ حقه ﴾ ش قوله فى الذى يدعى على رجل حقا ان كانت بينهما مخالطة أو ملابسة أحلف المدّعى عليه وان لم يكن شئ من ذلك لم يحلفه هذا قول عمر بن عبد العزيز والفقهاء السبعة بالمدينة وبه قال مالك وقال أبو حنيفة والشافعى يستحلف المدّعى عليه من غير اثبات خلطة والدليل على ما نقوله ان مجرد الدعوى لايوجب حكما الا لرجحه ضرورة واستحلاف المدّعى عليه مضرّة تلحقه فلا يجوز أن يؤذى باليمين بمجرد الدعوى عليه الا أن تكون ضرورة بان يكون من الأمور التى تقع عليه كثيرا من غير مخالطة ولذلك تأثير فى الشرع وبذلك تقبل شهادة الصبيان فى القتال لما كان يتعذر اثبات ذلك بشهادة العدول والله أعلم وأحكم (مسئلة) اذا ثبت ذلك ففى ذلك أبواب ثلاثة * الأول فى الدعاوى التى يعتبر فيها الخلطة وتمييزها من غيرها * والثانى فى تفسير معنى الخلطة وتمييزها من غيرها * والثالث فيما تثبت به الخلطة

(الباب الأول فى تفسير ما تعتبر فيه الخلطة)

ما تعتبر فيه الخلطة هو المداينة وادّعاء دين من معاوضة وفى كتاب ابن المواز وكذلك ان ادّعى عليه كفالة بحق فلا يلزمه ويحلفه ان لم يكن بينهما خلطة ووجه ذلك ان الكفالة نوع من المعاوضة مبنى على المشاححة بين الكفيل ومن تكفل له فأشبه البيع (مسئلة) ومن أوصى ان لى عند فلان كذا حلف المدعى عليه من غير اثبات خلطة رواه فى العتبية أشهب وابن نافع عن مالك وقاله ابن كنانة وقال ان لم يثبت عنده وذا أقرب ما يكون الى المدعى موجب من ذلك ما توجبه المخالطة وساواه له وجه لان لقول المدعى عند موته أثرا فى تحقيق الدعاوى الموجبة للايمان بناء على قول مالك فى قول المدعى دمى عند فلان (مسئلة) ومن ادّعى ثوبا بيد انسان انه له فاليمين على المدّعى عليه لانه ليس كل من له ثوب أو عرض يمكنه اثباته بالبينة ولو احتيج الى ذلك لتعذر حفظ الشهود له وضبطهم لذلك مع كثرته ولزمهم من مراعاته ما يشق فيؤدّى ذلك الى ابطال الحقوق فلذلك يثبت فى مثله اليمين بغير خلطة (مسئلة) والصناع يتعين عليهم اليمين لمن ادّعى عليهم فى صناعتهم دون اثبات خلطة قاله يحيى بن عمر وقال لانهم نصبوا أنفسهم للناس وهذا يلزم عليه تجار السوق فانهم نصبوا أنفسهم للشراء من الناس والبيع منهم غير أن الفرق بينهم ان الصناع نصبوا أنفسهم لما يوجب عليهم المطالبة بالعمل والمعمول خاصة دون أن يكون لهم على أحد مطالبة بمثل ذلك (مسئلة) والعبد المأذون فى التجارة يبيع متاعا فيقتضى الثمن هو وسيده فيدّعى المتبايعون قضاء السيد بعض الثمن قال ابن عبدوس وابن سحنون عن مالك عليه اليمين اذا أنكر ووجه ذلك ان اليمين التى تعتبر فيها المخالطة

﴿ القضاء فى الدعوى ﴾

* قال يحيى قال مالك عن حميد بن عبد الرحمن المؤذن انه كان يحضر عمر بن عبد العزيز وهو يقضى بين الناس فاذا جاءه الرجل يدعى على الرجل حقا نظر فان كانت بينهما مخالطة أو ملابسة أحلف الذى ادعى عليه وان لم يكن شئ من ذلك لم يحلفه * قال مالك وعلى ذلك الأمر عندنا انه من ادّعى على رجل بدعوى نظر فان كانت بينهما مخالطة أو ملابسة أحلف المدعى عليه فان حلف بطل ذلك الحق عنه وان أبى أن يحلف ورد اليمين على المدعى فحلف طالب الحق أخذ حقه

انما هي ما حققت دعوى تناولت معاوضة لان المدعى عليه منكر لسببها وأما من ادعى عليه قضاء دينه فلا اعتبار فيها بالخلطة لانه مقر بها بالثمن قد أوجب على نفسه اليمين وكان ذلك بمعنى ومن أوصى ان لفلان عليه دينا فطلب الورثة يمين المقر له ان حقه لحق قال ابن كنانة لا يأخذها حتى يحلف وقد قضى عليه عندنا في مثل هذا مرة باليمين ومرة بلا يمين ومعنى قوله ان حقه لحق يريد لباق لم يقبضه واما أن يحلف على تحقيق ما أوصى به الميت فلا معنى لذلك وجه اثبات اليمين عليه لجواز أن يقبضه بعد الاقرار و وجه نفي اليمين ان الموصي قد صدقه في حياته ومات على تصديقه ولم يقضه أحد بعد موته لان القضاء انما يكون من فعل الوارث وهو يعلم انه لم يقبضه فلا معنى لاستحلافه (مسئلة) وانما تجب اليمين في الدعاوى مع تحقيقها وتحقيق الانكار ولو قال رجل لرجل انا أحلف أن لي عليك كذا لم يلزمه يمين حتى يحقق يمينه من كتاب ابن المواز (مسئلة) فاذا لم تكن خلطة وكان المدعى عليه متهما فهل تجب اليمين عليه بمجرد الدعوى فقد قال سحنون يستحلف والمشهور من المذهب المنع من ذلك واحتج سحنون على قوله هذا بأن للتهمة تأثيرا في الأحكام لان مالكا قال في المرأة تدعي أن رجلا ممن يشار اليه بالخير استكرهها انها تحد وان كان يشار اليه بذلك نظر الامام فيه فالتهمة توجب ما توجبه الخلطة من اليمين ووجه القول الثاني ان حكم العدل والفاجر في الايمان التي تحقق فيها الدعاوى سواء وانما يختلف في يمين التهمة والله أعلم

(الباب الثاني في تفسير معنى الخلطة وتمييزها من غيرها)

اذا ثبت اعتبار الخلطة فالخلطة المعتبرة روى أصبغ عن ابن القاسم في العتبية قال هي أن يسالفه مبايعة ويشتري منه مرارا وان تقابضا في ذلك السلعة والثمن وتفاصلا قبل التفرق وقاله أصبغ وقال سحنون لا تكون الخلطة الا بالبيع والشراء من الرجلين يريد المتداعيين وجه القول الاول أن المسالفة واتصالها من المتداعيين تقتضي التعامل ويشهد للبائع أنه اذا كان يسلف كل واحد منهما صاحبه جاز أن يبايعه وربما كانت هذه الدعوى من جهة السلف فيثبت بينهما بذلك ما يوجب اليمين وجه قول سحنون ان الخلطة انما تعتبر في ديون المبايعة فيجب أن يكون الاعتبار بها (مسئلة) ولا تثبت بين أهل السوق مخالطة بكون المتداعيين من أهل السوق حتى يثبت التبايع بينهما قاله المغيرة وسحنون قال سحنون وكذلك القوم يجتمعون في المسجد للصلاة والأنس والحديث فانه لا يثبت بينهما بذلك خلطة ووجه ذلك ما قدمناه من أن التداعي من جهة البيع فيجب أن تثبت بينهما خلطة بسبب البيع (مسئلة) واذا كانت الخلطة بتاريخ قديم وانقطعت بقي حكم المخالطة بينهما قاله أصبغ وسحنون وقال ابن المواز ان قال المدعى عليه قد كانت بيننا خلطة وانقطعت فان ثبت انقطاعها لم يحلف الا بخلطة ثانية مجددة تثبت ببينة وان مضى له عليه اليوم بمائة دينار أقام فيها بينة ثم جاء من الغد يدعي عليه حقا آخر فلا يمين له عليه بسبب تلك الخلطة لانقطاعها حتى يقيم بينة على خلطة لم ينقطع أمرها والى نحو هذا ذهب ابن حبيب وقال ان من قبض حقه من مخالطة قديمة ببينة ثم ادعى حقا غيره لا يعرف له سبب فلا يحلفه بالخلطة الاولى فقول أصبغ وسحنون يقتضي ان معرفة الخلطة بينهما توجب اليمين في دعاويهما دون أن يعرف سبب تلك الدعاوى وان عرف انقطاع الدعاوى وقول ابن المواز وابن حبيب تقتضي أن كل معاملة تجري بينهما يلزم معرفتها ومعرفة التعامل بينهما من وقتها والا لم تلزم اليمين

(الباب الثالث فيما تثبت به الخلطة)

أما ماتثبت به الخلطة فاقرار المدعى عليه بها والبينة تشهد بها قاله ابن المواز وأما من أقام شاهدا واحدا بالخلطة ففي المجموعة عن ابن كنانة ان شهادة رجل واحد وامرأة واحدة توجب اليمين انه خليطة وروى عيسى عن ابن القاسم في المدنية مثل قول ابن كنانة في الشاهد وقال ابن المواز اذا أقام بالخلطة شاهدا واحدا حلف المدعى معه وتثبت الخلطة ثم يحلف حينئذ المدعى عليه واحتج ابن كنانة بقوله انما هو أمر لا يجب به عليه غير اليمين فتثبت بسبب أو بشيء يريد مما تقوى به دعوى المدعى والله أعلم وأحكم ووجه قول ابن المواز انه معنى يثبت فلا يثبت الا بما يثبت به الحقوق ولما اختص بالمال ثبت بما ثبت به المال من الشاهد واليمين (مسئلة) ومن أثبت حقه ببينة فدفعها المطلوب بعداوة فقد روى عيسى عن ابن القاسم عن مالك في العتبية هو كمن لم يشهد له وقال سحنون مثله قال أبو بكر بن محمد وقد قيل يحلف وجه القول الاول ان البينة المردودة لما لم تؤثر فيما شهد به من الحق فبأن لا تؤثر في غير ذلك مما لم يشهد به من الخلطة أولى ووجه القول الثاني ان هذه البينة وان كانت مردودة بعد القبول فان حكمها حكم الارث في ايجاب اليمين والشاهد في الدماء

(فصل) وقوله وكان عمر بن عبد العزيز يقضي بين الناس فاذا جاءه الرجل يدعى على الرجل حقا يقتضي ان الدعاوى انما تكون على الحاكم وقد كان عمر بن عبد العزيز أميرا على المدينة ثم كان خليفة ويحتمل انه كان يقضي في الحالتين أو في احداهما فأما الخليفة فلا خلاف في جواز حكمه وقد حكم أبو بكر وعمر وعثمان وعلي وانما استقضى القضاة حين اتسع الأمر وشغل الخلفاء (مسئلة) وأما أمير غير مؤمر يريد انه غالب مالك للامر فقد قال ابن الماجشون ومطرف وأصبغ في الواضحة هو كالخليفة ينفذ حكمه الا في جور أو خطأ بين يريد فلا يجوز حكمه قال وان كان مؤمرا يريد ولاه غيره يفوض اليه حكومة فلا يجوز حكمه ولا أن يستقضي غيره وان فعل لم ينفذ حتى يفوض اليه نصا فيكون له حينئذ أن يستقضي قاضيا ويجوز حكمه وحكم قاضيه وقال ابن القاسم في المجموعة اذا كان مثل والي الاسكندرية أو والي الفسطاط أمير الصلاة فان قضاءه ماض وقضاء قاضيه الا في جور بين ونحوه روى عن سحنون وزاد فان لم يكن الامر عدلا لم يجز قضاؤه ووجه قول ابن الماجشون ان الولاية اذا كانت بغلبه وملكه للامر فهي عامة واذا ولاه غيره فهي مقصورة على ما ولاه اياه دون غير ذلك فاذا لم يول على القضاء والاحكام وتقديم الصلاة لم يكن له ووجه قول ابن القاسم ان ولاية الامارة عامة فتشتمل على معنى القضاء وان لم ينص عليه (مسئلة) واذا قضى صاحب السوق في الاموال والارضين وللناس قاض أو مات قاضيهم فقد قال سحنون في كتاب ابنه والمجموعة ان جعل اليه ذلك الامير الذي يولى القضاة كأمير مصر وافريقية والاندلس جاز قضاؤه اذا كان عدلا فقيها وان لم يجعل ذلك اليه لم يجز قضاؤه الا فيما أذن له فيه (مسئله) ووالي المياه اذا جعل اليه الامير القضاء وكان عدلا وحكم بصواب جاز حكمه وان لم يكن عدلا لم يجز قضاؤه قاله سحنون في كتاب ابنه وكتاب ابن عبدوس ووجه ذلك ان العدالة شرط في صحة الحكم فاذا قدم للقضاء والي المياه أو غيره ووجدنا فيه شروط القضاء من العدالة وغيرها صحت أحكامه وان عدمت لم يصح ذلك منه وبالله التوفيق (مسئله) ولو حكم رجلان بينهما رجلا فقضى بينهما فقضاؤه جائز قاله مالك في المجموعة قال ابن القاسم وان قضى بما يختلف فيه ويرى القاضي خلافه فحكمه ماض الا في جور بين وقاله سحنون في كتاب ابنه ووجه ذلك انهما قدماه للحكم بينهما بما يراه والتزماه ذلك فلا يلزمهما ذلك الا بما وافقهما

عليه وموافقته هو لهما في ذلك (فرع) ومتى يلزمهما ذلك قال ابن القاسم في المجموعة اذا حكماه وأقاما البينة عنده ثم بدا لأحدهما قبل ان يحكم قال أرى ان يقضي بينهما ويجوز حكمه ونحوه في كتاب ابن حبيب لمطرف وأصبغ قال مطرف له النزوع قبل نظر الحاكم بينهما في شيء فأما بعد ان ينشبا في الخصومة عنده ونظره في شيء من أمرهما فلا نزوع لواحد منهما ويلزمهما التمادي قال أصبغ كما ليس له اذا تواضعا الخصومة عند القاضي أن يوكل وكيلا أو يعزل وكيلا له وقال ابن الماجشون ليس لاحدهما أن يبدو له كان ذلك قبل أن يفاتحه صاحبه أو بعدما ناشبه الخصومة وحكمه لازم لهما كحكم السلطان لمن أحب منهما أو كره نظر لصاحبه كما ينظر السلطان في حق الغائب وقال سحنون في المجموعة وكتاب ابنه لكل واحد منهما ان يرجع في ذلك مالم يمض الحكم فيه فاذا أمضاه بينهما فليس لأحدهما أن يرجع فيه ووجه القول الاول بانه لا يلزم بالتحكيم وهو قول ابن القاسم ومن تابعه انه عنده من باب الوكالة لوجهين أحدهما انه حاكم خاص والولاية عامة والثاني أن حكمهما عما يكون باذن من يحكم له أو عليه وهذا معنى الوكالة وأما الولاية فانه لا يعتبر في ذلك تحكيم المتخاصمين وهي عند ابن الماجشون من باب الولاية لاختصاصها بالحكم على المتخاصمين بخلاف ما يرضيان به والوكالة لا تكون بحضرة الموكل الا بما يرضاه وجه قول ابن القاسم انه يلزم بشروعه في النظر بينهما ولا يلزم بالقول ما احتج به أصبغ منهما من انها كالوكالة لا يصح للوكل أن يعزل وكيله بعدما شرع في الخصومة عند القاضي وله ذلك قبل أن يشرع فيها ووجه قول ابن الماجشون انه يلزم بالتحكيم ورضاه به لأنه يحكم بين آدميين فلزم بالقول كالتحكيم بين الزوجين ووجه قول سحنون ان الخصومة عند القاضي يتعلق بها حق التنفيذ للقاضي لأن ذلك لازم له وهذا الوكيل لا يشرع عند غيره فهو بمنزلة الوكيل على النظر للوكل له أن يعزله متى شاء عما يستقبل من عمله دون القاضي والله أعلم (مسئلة) ولو حكم المتخاصمان رجلين فحكم أحدهما ولم يحكم الآخر فان ذلك لا يجوز له قاله سحنون في كتاب ابنه ولو حكم جماعة فاتفقوا على حكم أنفذوه وقضوا به جاز قاله ابن كنانة في المجموعة ووجه ذلك انهما اذا رضيا بحكم رجلين أو رجال فلا يلزمهما حكم بعضهم دون بعض كما لو وكل رجل رجلين يشتريان له ثوبا أو يطلقان امرأته ففعل ذلك أحدهما لم يلزمه واذا اتفقا على ذلك فقد وجد الحكم من جميع من تراضيا بحكمه كما لو كان واحدا فانه رد حكمه على الصواب وهذا كما نقوله في الحكمين بين الزوجين وفي جزاء الصيد انه يجوز من اثنين ولا يجوز أن يولى رجلين القضاء على ان يحكما جميعا في حكومة واحدة يشهد بها الشهود عند كل واحد منهما ولا ينفذانها الا باتفاق منهما ولا أن يتفق قاضيان على ان ينظرا في قضية واحدة لا ينفذ الا باتفاقهما ولا خلاف في ذلك بين المسلمين ويكفي في ذلك ما اتصل به العمل منذ بعث الله محمدا صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا في جميع الامصار والبلاد لم يعلم انه جرى شيء من ذلك الى أن ظهرت هذه البدعة بأندة من كور الاندلس فتولى التقديم فيها للقضاة رجل مسرف على نفسه مفرط جهله فقدم ثلاثة لا ينفذ أحدهم فيها قضية الا باتفاق منهم ولقد بلغني ان الشهود كانوا يشهدون عند الاول فيكتب على شهادة الشاهد ثم يشهد ذلك الشاهد عند الثاني فيكتب على شهادته عندنا ثم يشهد عند الثالث فيكتب على شهادته فيحصل بما كتبوه شهد عندنا فأما أحدهم فنزع عن ذلك ولا أراه الا بلغه انكاري للامر وأما الآخران فأصرا وتماديا على ضلالتهما وسوغ لهم حكام الجزيرة وفقهاؤهم ذلك لقلة مراعاتهم لهذا المعنى والفرق بين القاضي المولى للقضاء وبين الرجلين يحكمهما الخصمان بينهما ان القضاء ولاية كالامارة والامامة

فلا تصح من اثنين ويكفي في ذلك ماقام به الانصار يوم السقيفة وقالوا للمهاجرين منا أمير ومنكم أمير فقال عمر لسيفان في غمد لا يصطلحان أبدا ورجع الناس الى قول أبي بكر وعمر والمهاجرين وأجمعوا عليه ووجه ثان ان امامة الخلافة تشتمل على معنيين على الصلاة والأحكام وهي أصل التقديم فيهما فكما لا يجوز أن يتقدم رجلان يصليان بالناس صلاة واحدة كذلك لا يجوز أن يقدم للناس حاكمان يحكمان جميعا في كل حكم ووجه ثالث وهو ان الامام انما قدم للاحكام من يرضى دينه وأمانته وعلمه ومن يحكم بين الناس بما يؤديه اليه اجتهاده وهذا ينافي مقارنة آخر له لا يجوز حكمه الا بموافقته عليه لان هذه صفة من يخاف عليه الضلال لكثرته منه وتقصيره عن القيام بالحق قال الله تعالى فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تضل احداهما فتذكر إحداهما الأخرى ولا خلاف ان حكم الواحد هو المشهور المعلوم الظاهر الذى لا يعرف غيره ولم ينقل عن أحد من الأمة سواه كما أن كل واحد من الشاهدين يقوم مقام شاهد كامل العدالة فاذا تعذر ذلك لكثرة حاجة الناس الى الشهادات وانه لم يول أحد هذا فيعول فيه عليه فالمرأتان لنقصان دينهما يقومان مقام الرجل الواحد ولا يقام رجلان من الشهداء مقام رجل فكذلك لا يصح أن يقام حاكمان مقام حاكم واحد ولو جاز ذلك لجاز تقديم النساء وتوليتهن الحكومة فتقوم امرأتان مقام رجل وهذا باطل باتفاق ومما يجرى مجرى هذا ما جرى ببلدنا بجهة ارية فانهم قدموا للقضاء ابن عمر وكان رجلا أعمى ولا خلاف بين المسلمين في ذلك من المنع والتحريم له وبه قال أبو حنيفة والشافعي وبلغني ذلك عن مالك وقد أنكرت هذا حين وقوعه * وفيما بقي من مسئلة التحكيم بابان * أحدهما في صفة من يجوز تحكيمه * والثاني في تبيين الاحكام التي يجوز التحكيم فيها

(الباب الاول في صفة من يجوز تحكيمه)

فاما صفة من يحكم فأن يكون رجلا حرا مسلما بالغا عاقلا عدلا رشيدا قال سحنون في المجموعة وكتاب ابنه لو حكما مسخوطا أو امرأة أو مكاتبا أو عبدا أو كافرا فحكم بينهما فحكمه باطل قال ابن الماجشون في المجموعة وكذلك المولى عليه وقال في الواضحة وكذلك الصبي والمسخوط والنصراني. قال أشهب وكذلك الصبي والمعتوه والموسوس وان أصابوا الحكم لم يجز حكمهم وقاله مطرف في العبد والمرأة وقال أشهب في كتاب ابن سحنون ان حكما بينهما امرأة فحكمها ماض اذا كان مما يختلف الناس فيه وكذلك العبد والحر المسخوط وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون ان كان العبد والمرأة بصيرين عارفين مأمونين فان تحكيمهما وحكمهما جائز الا في خطأ بين وقاله أصبغ وأشهب قال ابن حبيب وبه آخذ وقد ولى عمر الشفاء وهي أم سليمان بن أبي حثمة سوق المدينة ولا بد وإلى السوق من الحكم بين الناس ولو في صغار الامور وقال أصبغ ان حكما مسخوطا فحكم فأصاب جاز وكذلك المحدود والصبي اذا كان قد عقل وعرف وعلم فرب غلام لم يبلغ له علم بالسنة والقضاء وأصل هذا كله ان من جعله من باب الوكالة لم يراع فيه شيأ من ذلك اذا لم يكن ذاهب العقل ومن جعله من باب الولايا في حكم خاص لم يجز فيه الا من فيه ناقصة وقبل هذا من اجتمعت فيه صفات الحكم

(الباب الثاني في تبيين الاحكام التي يجوز التحكيم فيها)

وانما يصح حكمه بين الخصمين بحكمهما في الأموال وما يجرى مجراها ولا يجوز له أن يقيم حدا ولا يلاعن قاله سحنون وقال أصبغ لا يقضى بينهما في قصاص ولا حد ... ولا عتق ولا طلاق ولا نسب ولا ولاء لان هذه أشياء لا يتعاطها الا الامام قال أصبغ فان حكماه ... ا ذكرنا انه لا يحكم فيه نفذ حكمه وينهاه

السلطان عن العودة ووجه ذلك ان هذه أمور لها قدر فيحتاط لها بان لا يحكم فيها الا من قام بالولاية العامة لان ذلك لا يكون الا بعد معرفة الامام باحواله التي يقتضي ذلك له أو يؤمن في الأغلب أمره أو من قدمه الامام أو الحاكم لمعنى يختص به في ضرورة داعية اليه والله أعلم

﴿ القضاء في شهادة الصبيان ﴾

ص ﴿ قال يحيي قال مالك عن هشام بن عروة أن عبد الله بن الزبير كان يقضي بشهادة الصبيان فيما بينهم من الجراح * قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا أن شهادة الصبيان تجوز فيما بينهم من الجراح ولا تجوز على غيرهم وانما تجوز شهادتهم فيما بينهم من الجراح وحدها لا تجوز في غير ذلك اذا كان ذلك قبل أن يتفرقوا أو يخببوا أو يعلموا فان افترقوا فلا شهادة لهم الا أن يكونوا قد أشهدوا العدول على شهادتهم قبل أن يفترقوا ﴾ ش قوله ان عبد الله بن الزبير كان يقضي بشهادة الصبيان فيما بينهم من الجراح وهو قول أهل المدينة و به قال علي بن أبي طالب ومعاوية ومن التابعين سعيد بن المسيب وعروة بن الزبير وعمر بن عبد العزيز ومنع من ذلك أبو حنيفة والثوري والشافعي وروي ذلك عن ابن عباس وقال مالك معناه عندنا في شهادتهم على الكبار وروى وكيع عن ابن جريج عن أبي مليكة ما رأيت القضاة أخذت الا بقول ابن الزبير والدليل على ما ذهب اليه علي ومن تابعه ما احتج به شيوخنا من أن الدماء يجب الاحتياط لها والصبيان في غالب أحوالهم ينفردون في ملاعبهم حتى لا يكاد أن يخالطهم غيرهم و يجري بينهم من اللعب والترامي ما ربما كان سببا للقتل والجراح فلو لم يقبل بينهم الا الكبار وأهل العدل لأدى ذلك الى هدر دمائهم و جراحهم فقبلت شهادتهم بينهم على الوجه الذي يقع على الصحة في غالب الحال و سنبينه بعد هذا ان شاء الله تعالى (فرع) اذا ثبت ذلك ففي ذلك ثلاثة أبواب * الباب الأول في ذكر من تجوز شهادته منهم * والباب الثاني في تبيين الحالة التي تجوز فيها شهادتهم * والباب الثالث في حكم من تجوز شهادتهم

(الباب الأول في ذكر من تجوز شهادته منهم)

اتفق أصحاب مالك على أنها تجوز شهادتهم فيما دون القتل من الجراح واتفقوا على أنها لا تجوز في الحقوق قال سحنون انما أجزتها في الجراح ولم أجزها في الحقوق للضرورة لان الحقوق يحضرها الكبار ولا يحضرون في جراح الصغار في الأغلب ولو حضرها كبير لم تجز شهادتهم قيل له فيلزمك على هذا الغصب أن يغصب بعضهم بعضا و باقال غيره قد يقبل في الدماء ما لا يقبل في الأموال احتياطا للدماء (مسئلة) واختلف أصحابنا في جوازها في القتل فروى ابن القاسم عن مالك في كتاب ابن سحنون انها تجوز بينهم في القتل ومنع من ذلك أشهب ووجه قول مالك ان شهادتهم انما أجيزت للاحتياط للدماء ولذلك لم تجز في الحقوق والاحتياط للنفوس أعظم من الاحتياط للجراح فادا لم تتكرر لكثرة لعبهم وترامهم بالحجارة وغيرها فانما تجوز للضرورة فيما يكثر بينهم مما انفردوا به دون ما يقل و يندر ولذلك لم يجر في الحقوق والغصب فانه يقل بينهم و يندر حال انفرادهم (فرع) اذا جوزت في القتل فقد قال غير واحد من أصحاب مالك لا يجوز فيه حتى يشهد العدول على رؤية البدن مقتولا ووجه ذلك أنها شهادة أجيزت للضرورة فلا تثبت الا بثبوت أصلها وما يتعلق به شهادة العدول كشهادة النساء على الاستهلال والقتل (مسئلة) ومن ذا الذي تجوز شهادته من الصبيان روي عن مالك أنها تجوز شهادة الذكور دون الاناث وقال أشهب لا تجوز شهادة الاناث

﴿ القضاء في شهادة الصبيان ﴾ * قال يحيي قال مالك عن هشام بن عروة أن عبد الله بن الزبير كان يقضي بشهادة الصبيان فيما بينهم من الجراح * قال مالك الأمر المجتمع عليه عندنا ان شهادة الصبيان تجوز فيما بينهم من الجراح ولا تجوز على غيرهم وانما تجوز شهادتهم فيما بينهم من الجراح وحدها لا تجوز في غير ذلك اذا كان ذلك قبل أن يتفرقوا أو يخببوا أو يعلموا فان افترقوا فلا شهادة لهم الا أن يكونوا قد أشهدوا العدول على شهادتهم قبل أن يفترقوا

وقال سحنون فى المجموعة اختلف قول ابن القاسم فى شهادة اناثهم فى الجراح فلم يجزها فى كتاب الشهادات وأجازها فى كتاب الديات وقال المغيرة فى كتاب ابن سحنون تجوز شهادة اناثهم وذكورهم فى القتل وقال ابن الماجشون تجوز شهادة اناثهم قال سحنون والذى آخذ به فى ذلك انه تجوز شهادتهم صغارا حيث تجوز كبارا وجه رواية المنع ان الضرورة انما تدعو الى ما يكثر ويتكرر دون ما يقل ويندر وحضور الاناث مع الذكور منهم يقل لاسيما فى المواضع التى يقل منهم مثل هذا فلذلك لم تدع الضرورة الى قبول شهادتهن ووجه الاجازة أن الصغار تجوز شهادتهم فيما انفردوا بحضوره كالذكور (فرع) فاذا قلنا تقبل شهادة الاناث فقد روى معن بن عيسى عن مالك انه يقبل منهم غلام وجاريتان ورواه مطرف عن مالك وقال ابن الماجشون أقل ما يجزىء من شهادة الصبيان غلامان أو غلام وجاريتان ولا يجوز غلام وجارية ولا جوار وان كثرن لانهن وان كثرن مقام اثنتين واثنتان مقام غلام ولا يحكم بشهادة الغلام قال ابن القاسم ولا يكون معه قسامة وقال المغيرة ولا يحلف معه فى الجراح لانه لو شهد معه كبير عدل سقطت شهادته فيمين الولى معه كشاهد معه (مسئلة) قال مالك ولا تجوز شهادة العبد منهم زاد ابن الماجشون ولا شهادة من على غير الاسلام ووجه ذلك ان من لا تجوز شهادة كبارهم لا تجوز شهادة صغارهم كالمجانين والمخبولين وان شهدا حرارهم لعبيدهم جاز قاله أشهب فى المجموعة (مسئلة) ولا ينظر فى الصبيان الى عدالة ولا عداوة قاله ابن المواز وابن الماجشون قال محمد ولم يختلف فى أنه لا ينظر الى عدالة ولا جرحة فيهم قال سحنون لان عداوتهم لاعود لها ولا نفع فى موضع العداوة يريد والله أعلم أنه لا يثبت وليس لهم من الحال ما يقصدون به الى أذى من يعاديهم بمثل هذا قال ابن القاسم فى كتاب ابن المواز اذا ثبتت العداوة لم يجز ووجه ذلك أن هذه شهادة فأثرفى ابطالها العداوة كشهادة الكبار (مسئلة) وهل يجوز لذوى القرابة قال ابن المواز لا ينظر فى شهادتهم الى جرحة ولا قرابة وقال عبد الملك تسقط فى القرابة وقال فى المجموعة يجرى مجرى الكبير فى الأبوين والجدود والزوجة فتردفى هذا لانه يجر الى نفسه وقاله سحنون وجه قول ابن المواز انه لم يعتبر بعداوته ولا عدالته فيجب أن لا يعتبر بقرابته لان العداوة تمنع الشهادة بكل وجه والقرابة لا تمنعها الا على صفة مخصوصة فكانت العداوة أبلغ فى رد الشهادة من القرابة فاذا لم تمنع العداوة شهادة الصبيان فبأن لا يمنع منها القرابة أولى وأحرى ووجه قول عبد الملك اعتبارها بشهادة الكبار

(الباب الثانى فى تبيين الحالة التى تجوز عليها شهادتهم)

هى أن لا يكون بينهم كبير وتقيد شهادتهم قبل أن يتفرقوا فأما الكبير يكون معهم فان ذلك يمنع قبول شهادتهم وانما تجوز شهادتهم اذا انفردوا وهو قول مالك وأصحابه وجه ذلك ان شهادتهم انما أجيزت بينهم للضرورة والضرورة انما تكون اذا انفردوا فاذا كان معهم كبير فقد زالت الضرورة وصاروا على حالة يمكن اثبات أحكامهم بها فلم تقبل شهادتهم وقد قال أصبغ فى العتبية لو شهد صبيان أن صبيا قتل صبيا باغتة وشهد رجلان انه لم يقتله وانهما حاضران حتى سقط الصبى فمات دون أن يضربه أحد أو يمسه فشهادة الصبيان تامة ولا ينظر الى قول الكبيرين كما لو شهد رجلان انه قتله وشهد آخران انه لم يقتله ولا ينظر الى الاعدل قال ابن سحنون أنكر سحنون قول أصبغ هذا وقال قول أصحابنا ان شهادة الكبيرين أحق وانها كالجرحة للصغار وغيره هذا خطأ غير مشكل (مسئلة) وسواء كان الكبار رجالا أو نساء لان النساء يجزن فى الخطأ وعمد الصبى كالخطأ قاله كله

سحنون وقال ابن المواز اذا كان معهم كبير رجل أو امرأة شاهد أو مشهود له أو عليه لم تجز شهادة الصغار الا كبير مقتول لم يبق حتى يعلمهم يريد والله أعلم أن يكون قتله بعصا لا يبقى له بعد سببه حياة يعلمهم ويلقنهم الشهادة مثل أن يلقيه أحد الصبيان من علو عظيم لا يصح أن يعيش من سقط منه أو يلقيه من علو في بحر فيغرق أو يضربه بسيف ضربة يبين بها رأسه أو ما جرى مجرى ذلك (مسئلة) وهل تراعى العدالة في الكبير الذي يكون معهم قال مالك اذا شهد صبيان مع كبير لم تجز شهادتهم قال مطرف اذا كان الكبير عدلا فاما اذا كان مسخوطا أو نصرانيا أو عبدا لم تضر شهادة الصبيان وقاله ابن الماجشون وأصبغ وروى ابن سحنون عن أبيه ان كان معهم كبير غير عدل وكان ظاهر السفه والجرحة جازت شهادة الصبيان ثم وقف على اجازتها وجه القول الاول انه اذا كان الذي حضر لا تقبل شهادته فبان لا تؤثر في رد شهادة غيره أولى وجه قول سحنون الآخر في توقفه عن ذلك انه قد صلحت حالهم بحضور الفاسق معهم عن حال الضرورة والحال المتكررة الى حال يندر ويقل من جريان مثل هذا بينهم لان مثل هذا يختص بموضع يحضره الكبار والله أعلم ولذلك لو شهد الكبير بمثل ما شهد به الصبيان بطلت شهادة الصبيان وقد روى ابن سحنون عن مالك لا يقبل صبي أو صبيان ورجل على صبي ويكلف شهادة رجل آخر ورواه ابن المواز عن أشهب عن مالك فثبت ان الذي يؤثر في منع قبول شهادتهم حضور الكبير دون اعتبار حاله والله أعلم

(فصل) وأما افتراقهم ففي المجموعة من قول مالك انه انما تجوز شهادتهم ما لم يفترقوا أو يخببوا فلا تجوز وجه ذلك انها انما أجيزت شهادتهم للضرورة التي قدمنا ذكرها من انهم ينفردون باللعب بما تكثر به الجراح وربما أدت الى القتل والشرع قد ورد بحفظ الدماء والاحتياط لها بان تثبت بما لا يثبت بها غيرها وبما يوجب القسامة ومثل ذلك لا يجوز في المال وليس لهم من الضبط والثبات ما يمنعهم من الانتقال من قول الى قول ومن رأى الى رأى ولا علامة لهم عدالة يؤمن من ذلك فانما يحكم باول قولهم وما ضبط منه قبل تفرقهم وأما تفرقهم ما لم تقيد شهادتهم قبل التفرق فتبطل شهادتهم فان أشهد على شهادتهم قبل تفرقهم لم يؤثر في شهادتهم تفرقهم وهذا كله معنى قول مالك (مسئلة) ومعنى قوله أن يخببوا أن يدخل بينهم كبير أو كبار على وجه يمكنهم أن يلقنوهم الشهادة ويصرفوهم عن وجهها أو يزينوا لهم الزيادة فيها أو النقصان منها فاذا كان ذلك لم تقبل شهادتهم وبطلت وانما يقبل على الوجه الذي قدمناه (مسئلة) فان اختلفوا في الشهادة فقال اثنان منهم فلان شج فلانا وقال آخران منهم بل شجه فلان ففي النوادر عن مالك انه قال في كتب قدم ذكرها الا كتاب ابن حبيب تبطل شهادتهم ووجه ذلك أن شهادتهم انما تتم بل ما لم يكن فيها تهاتر ولو اختلفت اختلافا يقتضي في الكبار الاخذ بشهادة أحدهما لم تبطل بذلك شهادة الصبيان وقد قال ابن الماجشون في المجموعة والعتبية لو شهد صبيان ان صبيا قتل صبيا وشهد آخران انه لم يقتله وانما أصابته دابة قضى بشهادة الذين شهدوا بالقتل ووجه ذلك انهم لو كانوا كبارا عدولا لحكم بشهادة شاهدي القتل فكذلك هذا (مسئلة) وأما رجوعهم عن الشهادة فقد قال ابن وهب عن مالك لا يبالي برجوعهم اذا أشهد على شهادتهم قبل أن يتفرقوا وقال سحنون وهو معنى قول ابن المواز الا أن يرجعوا قبل الحكم وبعد ان صاروا رجالا فيكون ذلك مبطلا لشهادتهم بمنزلة ما لو شهد رجلان ان ما شهد به الصبيان باطل قاله ابن الماجشون في المجموعة

(الباب الثالث في حكم من تجوز شهادتهم)

فانهم ان شهدوا بقتل صبي لصبي ففي كتاب ابن المواز عن ابن القاسم تلزم العاقلة الدية بلا قسامة وقاله أصبغ قال سحنون وعمد الصبي كالخطأ ووجه ذلك انها شهادة كاملة فاستغنت عن القسامة ووجبت الدية على العاقلة لانه بمنزلة قتل الخطأ والله أعلم (مسئلة) وروى ابن وهب عن مالك في ستة صبيان لعبوا في البحر فغرق واحد منهم فشهد ثلاثة على اثنين انهما غرقاه وشهد الاثنان على الثلاثة انهم غرقوه قال القتل على الخمسة لان شهاداتهم مختلفة قال ابن المواز هذا غلط لاختلافهم ولا يجوز وكذلك قال ابن حبيب عن مطرف قال ولو كانوا كبارا فاختلفوا هكذا كانت الدية عليهم في أموالهم لانه صار شهادتهم اقرارا وقول مالك الاول يقتضي ان اختلاف شهادتهم لا يمنع قبولها لاسيما اذا لم يكن يقتضي التهاتر وابطال بعضها والله أعلم وأحكم

﴿ ماجاء في الحنث على منبر النبي صلى الله عليه وسلم ﴾

ص ﴿ مالك عن هشام بن هشام بن عتبة بن أبي وقاص عن عبد الله بن نسطاس عن جابر بن عبد الله الأنصاري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من حلف على منبري آثما تبوأ مقعده من النار * مالك عن العلاء بن عبد الرحمن عن معبد بن كعب السلمي عن أخيه عبد الله بن كعب بن مالك الأنصاري عن أبي أمامة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من اقتطع حق امرئ مسلم بيمينه حرم الله عليه الجنة وأوجب له النار قالوا وان كان شيأ يسيرا يارسول الله قال وان كان قضيبا من أراك وان كان قضيبا من أراك وان كان قضيبا من أراك قالها ثلاث مرات ﴾ ش قوله من حلف على منبري آثما يريد والله أعلم حانثا على وجه يأثم به تبوأ مقعده من النار يريد والله أعلم فعده مقعده من النار وانما ذكر منبره في هذا الحديث على سبيل التعظيم له والا فالاثم تتغلظ أمره على من حلف عليه آثما وقد ذكر في الحديث الثاني حديث أبي أمامة الحارثي انه من اقتطع حق امرئ مسلم بيمينه حرم الله عليه الجنة وأوجب له النار ولم يذكر منبره وكذلك حديث أبي وائل عن ابن مسعود قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين صبر يقتطع بها مال امرئ مسلم لقي الله تعالى وهو عليه غضبان فأنزل الله تصديق ذلك ان الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمنا قليلا الآية فعلم بذلك ان ذكر المنبر في الحديث الأول على معنى التغليظ والله أعلم

(فصل) قوله وان كان قضيبا من أراك على انه لا يلزم اليمين على المنبر في قضيب من أراك لقلته وتفاهته وانما يجب ذلك فيما له بال لكنه ان وقع من أحد اليمين على منبر النبي صلى الله عليه وسلم في قضيب من أراك أو شيء تافه فهذا حكمه وليس في الحديث انه يجبر على اليمين عند المنبر في هذا المقدار وانما تضمن الحديث حكم من حلف عنده آثما وهذا القول منه صلى الله عليه وسلم وان كان على التخويف من حلف على منبره أو حلف فاقتطع بيمينه حق امرئ مسلم فأوجب له النار فان للشيوخ في ذلك قولين أحدهما ان الوعيد ليس من باب الخبر لانه مما يجوز أن يرجع عنه كاذب ولذلك قال الشاعر

واني وان أوعدته أو وعدته * لمخلف ايعادي ومنجز موعدي

يمدح نفسه باخلاف الوعيد ولو كان ذلك كذبا لما مدح به نفسه فعلى هذا الوعيد متوجه الى كل عاص و [illegible] ان الوعيد من باب الخبر وان الخلف فيه ضرب من الكذب وذلك محال في صفة الباري تعالى فعلى هذا الوعيد متوجه الى كل من علم الباري تعالى انه لا يغفر له وانه لا بد ان يعاقبه

﴿ ماجاء في الحنث على منبر النبي صلى الله عليه وسلم ﴾

قال يحيى حدثنا مالك عن هشام بن هشام بن عتبة بن أبي وقاص عن عبد الله ابن نسطاس عن جابر بن عبد الله الانصاري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من حلف على منبري آثما تبوأ مقعده من النار * وحدثني مالك عن العلاء بن عبد الرحمن عن معبد بن كعب السلمي عن أخيه عبد الله بن كعب ابن مالك الانصاري عن أبي أمامة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من اقتطع حق امرئ مسلم بيمينه حرم الله عليه الجنة وأوجب له النار قالوا وان كان شيأ يسيرا يارسول الله قال وان كان قضيبا من أراك وان كان قضيبا من أراك وان كان قضيبا من أراك قالها ثلاث مرات

دون من أراد العفو عنه وقد قال تعالى ذلك وعد غير مكذوب وقال عز من قائل فى اسماعيل انه كان صادق الوعد فوصف الوعد بالصدق والكذب

﴿ جامع ماجاء فى اليمين على المنبر ﴾

ص ﴿ مالك عن داود بن الحصين أنه سمع أبا غطفان بن طريف المرى يقول اختصم زيد بن ثابت وابن مطيع فى دار كانت بينهما الى مروان بن الحكم وهو أمير على المدينة فقضى مروان على زيد بن ثابت باليمين على المنبر فقال زيد بن ثابت احلف له مكانى قال فقال مروان لا والله الا عند مقاطع الحقوق قال فجعل زيد بن ثابت يحلف ان حقه لحق و يأبى أن يحلف على المنبر قال فجعل مروان بن الحكم يعجب من ذلك * قال مالك لا أرى أن يحلف أحد على المنبر على أقل من ربع دينار وذلك ثلاثه دراهم ﴾ ش قضاء مروان على زيد بن ثابت باليمين على المنبر هو مذهب أهل المدينة ولم يكن زيد يقول انه لايلزمه ذلك وانما كان يمتنع منه اعظاما له وقد روى عن عبد الله بن عمر انه كان يكره ذلك وان كان صادقا و يقول أخشى أن يوافق قدرا فيقال ان ذلك ليمينه (مسئلة) واذا ثبت ذلك فاليمين تغلظ بالمكان فى الأموال وغيرها من الحقوق قال فى المدونة على الطالب والمطلوب وبه قال الشافعى ومنع من ذلك أبو حنيفة والدليل على مانقوله قول النبى صلى الله عليه وسلم من حلف على منبرى آثما تبوأ مقعده من النار وهذا يقتضى ان له تأثيرا فى الأيمان وتعلقا بها ولا يفعل ذلك أحد فى الغالب مختارا فثبت انه انما توجه الى الحكم به والا بطلت فائدة التخصيص ومن جهة المعنى ان التغليظ يتعلق بالكثير من الأموال للردع عنها كالقطع فى السرقة (مسئلة) وهل تغلظ بالزمان أم لا روى ابن كنانة عن مالك فى كتاب ابن سحنون يتحرى بأيمانهم فى المال العظيم وفى الدماء واللعان الساعات التى يحضر الناس فيها المساجد و يجتمعون للصلاة وماسوى ذلك من مال وحق ففى كل حين وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون لايحلف حين الصلوات الا فى الدماء واللعان فأما فى الحقوق ففى أى وقت حضر الامام استحلفه قاله ابن القاسم وأصبغ وجه القول الأول قوله تعالى تحبسونهما من بعد الصلاة فيقسمان بالله ان ارتبتم لانشترى به ثمنا وهذه يمين فى مال فجاز أن يغلظ بالزمان كاللعان والقسامة (مسئلة) هل تغلظ الايمان بتكرر الصفات روى ابن كنانة عن مالك فى كتاب ابن سحنون يحلفون فيما يبلغ من الحقوق ربع دينار وفى القسامة واللعان على المنبر بالله الذى لا إله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم ما كانت فيه يمين واحدة حلف هكذا وماردت ردد هكذا وحكى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون أن الأيمان فى الحقوق والدماء واللعان وفى كل مافيه اليمين على المسلمين بالله الذى لا إله الا هو زاد ابن المواز والحر والعبد سواء وهذا هو المشهور من مذهب مالك و به قال ابن القاسم ورواه عن مالك فى المدونة وجه القول الاول وهو مذهب الشافعى ان هذا معنى تغلظ به الايمان فجاز أن يحكم بها أهل ذلك الزمان والمكان وجه القول الثانى ان هذه الصفات كثيرة لا يمكن أن تستوعب وليس مانوردمنها بأولى من غيرها ومايغلظ به من غيرها فله غاية لاتلحق المشقة بلوغها ومن جهة القياس ان هذا معنى يقتضى التكرار فلم تغلظ به الايمان فى الأموال كتكرار اليمين (مسئلة) واتفق أصحابنا على ان الذى يجزىء من التغليظ باليمين والله الذى لا إله الا هو فان قال والذى لا إله الا هو أو قال والله فقط فقد قال أشهب لايجوز ذلك حتى يقول والله الذى لا إله الا هو (مسئلة) ويمين الحر والعبد

﴿ جامع ماجاء فى اليمين على المنبر ﴾

* قال يحيى قال مالك عن داود بن الحصين انه سمع أبا غطفان بن طريف المرى يقول اختصم زيد ابن ثابت وابن مطيع فى دار كانت بينهما الى مروان ابن الحكم وهو أمير على المدينة فقضى مروان على زيد بن ثابت باليمين على المنبر فقال زيد بن ثابت احلف له مكانى قال فقال مروان لا والله الا عند مقاطع الحقوق قال فجعل زيد بن ثابت يحلف ان حقه لحق و يأبى أن يحلف على المنبر قال فجعل مروان بن الحكم يعجب من ذلك قال مالك لا أرى أن يحلف أحد على المنبر على أقل من ربع دينار وذلك ثلاثة دراهم

والنصراني في الحقوق سواء وفي المدونة ويحلف النصراني بالله فقط ولا يزاد عليه الذي أنزل الانجيل على عيسى واليهودي والنصراني عند مالك سواء قال ابن القاسم والمجوس يحلفون بالله

(فصل) وأما التغليظ بالمكان فهو بالجامع وهو المسجد الاعظم الذي تقام فيه الجمعة قاله مالك في المدونة وغيرها وهل يكون تغليظها بسائر المساجد في النوادر لا يحلف في مساجد القبائل في قليل ولا كثير وروى ابن سحنون عن مالك ما علمت انه يحلف في مساجد الجماعات كالامصار روى عنه ابن القاسم في كتاب ابن المواز يحلف في مساجد الجماعة فيماله بال ولا أشك انه يحلف فيها في ربع دينار * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه فيحتمل عندي أن يريد المسجد الجامع فقد روى عنه ابن وهب ان المرأة تحلف في المسجد قال يريد المسجد الجامع تخرج اليه بالليل ويحتمل أن يريد غيره من المساجد فقد روى ابن سحنون عن أبيه في امرأتين ادعى عليهما في أرض ودور وهما ممن لا تخرجان فارى أن تخرجا من الليل الى الجامع قال فسئل ان يحلفهما في أقرب المساجد اليهما وشق عليهما الخروج الى الجامع فأجاب الى ذلك فهذه المسئلة نص في ان اليمين كانت في غير الجامع والظاهر ان سحنونا هو الذي أسعف سؤال السائل في ذلك لما يراه من المصلحة وهذا يقتضي انه حق للحكم في مثل هذه المسئلة وجه ذلك انه عظم من المساجد فجاز ان تغلظ به الايمان مع ارادة الستر لمن ثبت ذلك في حقه كالجامع ووجه الرواية الاولى ان التغليظ انما هو على معنى المبالغة وذلك يقتضي اختصاصه بأعظم المساجد حالا ولذلك يختص بأرفع المساجد مكانا والله أعلم قال الشيخ أبو القاسم لا يحلف عند منبر النبي صلى الله عليه وسلم في أقل من ربع دينار ويحلف على أقل من ذلك في سائر المساجد (مسئلة) اذا قلنا ان اليمين تكون في المسجد الاعظم فانها تكون في مسجد النبي صلى الله عليه وسلم عند المنبر * قال مالك ولا أعرف المنبر في سائر الآفاق وانما أعرف منبر النبي صلى الله عليه وسلم ولكن للمساجد مواضع هي أعظم زاد ابن سحنون عن مالك ولكن يحلف حيث يعظم فيه فيحتمل من جهة اللفظ ان يريد بقوله لا أعرف المنبر في المساجد المنع من اتخاذ المنبر في مساجد الآفاق وقد أجمع المسلمون من عهد الصحابة على اتخاذها في كل بلد وهو من أعلم الناس بها فمحال أن يريد هذا والصحيح انه أراد بذلك انه لا يعرف ان حكم سائر المنابر في البلاد حكمها في ذلك حكم منبر النبي صلى الله عليه وسلم وانما هذا حكم يختص بمنبر النبي صلى الله عليه وسلم وقد روى ابن وهب عن مالك لا يحلف عند منبر من المنابر الا عند منبر النبي صلى الله عليه وسلم وقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون يستحلفون فيماله بال أو في ربع دينار في المدونة عند منبر النبي صلى الله عليه وسلم وبغيرها في مسجدهم الأعظم حيث يعظمون منه عند منبرهم أو تلقاء قبلتهم ووجه ذلك عندي والله أعلم ان منبر النبي صلى الله عليه وسلم في وسط المسجد وهو في موضعه الذي كان فيه زمن النبي صلى الله عليه وسلم وهو بعيد من القبلة والمحراب الذي أحدث حين زيد في المسجد لأن حائط القبلة نقل من قرب المنبر حين زيد في المسجد فصار المنبر في وسط المسجد فكانت اليمين عند المنبر أولى لأنه موضع مصلى النبي صلى الله عليه وسلم وعند منبره وأما القبلة والمحراب فشيء بني بعده وأما منابر سائر المساجد فعند المحراب فمن حلف فانما يحلف عند المحراب بقرب المنبر وأعظم شيء في المساجد المحاريب ولو اتفق أن يكون في بعض البلاد المنبر في وسط المسجد لكانت اليمين عند المحراب دون المنبر فهذا معنى قول مالك والله أعلم ومعنى قول الشيخ أبي القاسم لا يحلف عند منبر من المنابر الا عند منبر النبي صلى الله عليه وسلم (مسئلة) اذا ثبت ذلك فهذا حكم الرجال

والنساء فمن كانت من النساء تخرج وتتصرف فحكمها في ذلك حكم الرجال ومن كانت منهن لاتخرج نهارا خرجت ليلا قاله ابن القاسم عن مالك قال ابن القاسم وأم الولد في ذلك بمنزلة الحرة من كانت منهن تخرج ومن كانت لاتخرج قال والحر والعبد سواء وكذلك المكاتب والمدبر سواء وأما اليهود فيحلفون في كنائسهم والنصارى في بيعهم والمجوس حيث يعظمون رواه ابن القاسم عن مالك وقاله مطرف وابن الماجشون في الواضحة ووجه ماقدمناه من التغليظ بالمكان فيغلظ على حكم أهل كل شريعة بالمواضع التي يعظمون

(فصل) والمقدار الذي يلزم فيه اليمين في الجامع وفي المواضع التي تعظم منه في حق الرجال ومن كان حكمها حكمهم من النساء * قال مالك لا يستحلف في المدينة عند منبر النبي صلى الله عليه وسلم الا في ربع دينار أو في ثلاثة دراهم وهو كان ربع دينار وقال الشافعي لاتغلظ الأيمان الا في مائتي درهم أو عشرين دينارا ودليلنا على ذلك ان ربع دينار قد يتعلق به القطع في السرقة كالعشرين دينارا (مسئلة) ولاتغلظ الايمان بما ذكرناه في أقل من ربع دينار وحكى القاضي أبو محمد ان بعض المتأخرين قال ان الأيمان لاتكون الا عند المنبر في القليل والكثير والدليل على مانقوله ان هذا نوع من الردع عن المال فلم يتعلق بالقليل منه كالقطع في السرقة ووجه ثان وهو ان هذا ابتذال للموضع مع مايلزم من تعظيمه وتوقيره وروى عن عبد الرحمن بن عوف انه رأى رجلا يحلف عند منبر النبي صلى الله عليه وسلم فقال أعلى دم قالوا لا قال أفعلى عظيم من المال لقد خشيت أن يتهاون الناس بهذا المكان ولم ينكر ذلك عليه أحد وقد احتج بها القاضي أبو محمد (مسئلة) وأما من لاتخرج من النساء نهارا أو تخرج ليلا فتحلف في الجامع ففي كم تخرج قال مطرف وابن الماجشون تخرج في ربع دينار وروى ابن المواز عن أبي القاسم لاتخرج فيه ولاتخرج الا في المال الكثير الذي له بال وجه القول الاول ان هذا شخص تغلظ عليه اليمين في المال فغلظت في ربع دينار كالرجل ووجه القول الثاني ان المرأة التي لها القدر يلزمها من التصاون مالايلزم الرجال فلا تبتذل بالايمان في الجوامع الا في القدر الكثير الذي يحتاج ردع مثلها عن مثله (مسئلة) ومن باع ثوبا فوجد به المبتاع عيبا فادعى البائع انه أعلمه به وتبرأ اليه منه قال ابن المواز عن أصبغ ان كان نقصان العيب ربع دينار فأكثر لم يحلف الا في الجامع ووجهه ان المراعى في ذلك ماتداعيا فيه وهو قدر العيب وفيه تجب اليمين (مسئلة) ولو ادعى رجل على رجلين أو رجال ربع دينار فقد روى في العتبية ابن القاسم عن مالك لايستحلفون الا في الجامع قيل له أيستحلفون عند المصحف فقال بل يستحلفون عند المسجد ووجه المنع من استحلافهم ان كل واحد منهم انما يحلف في أقل من ربع دينار ولو نكل عن اليمين لم يجب عليه الا قدر حصته منه وقوله بل يحلف في المسجد منع من أن يقصد الى التغليظ عليهم بجامع أو عند المصحف وقال بل يحلفون في المسجد ولعله أراد ان الحاكم الذي يقضي بذلك في الأغلب يكون في المسجد على أصله ومذهبه فيحلف في موضعه ولايقام منه الى موضع تغلظ عليه فيه اليمين وفي كتاب ابن المواز لايحلفون في الجامع ولا عند المنبر الا في ربع دينار ولعله يريد لايحلفون اليه على سبيل التغليظ والله أعلم (مسئلة) وأما من وجبت عليه يمين في طلاق أو عتاق أو نكاح أو غير ذلك مما ليس بمال ففي العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم في عبد حنث في يمين بطلاق فقال حلفت بواحدة وسيد الزوجة شهد عليه بالبينة فقال ابن القاسم يحلف عند المنبر ماحلف الا بطلقة ووجه ذلك ان صداق الزوجة لا يكون أقل من ربع دينار فلا يحلف في عوضه الا عند المنبر لانه لايصلح أن

يكون فيه أقل من ذلك (مسئلة) وأما صفة الحالف حال يمينه فروى ابن القاسم عن مالك يحلف الرجل قائما الا من به علة ورواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون فى الرجال والنساء فيما ادّعى عليهم لو اقتطعوه بأيمانهم فى ربع دينار ومالم يبلغه فانما يحلفون جلوسا ان شاؤا وروى ابن كنانة عن مالك يحلف جالسا ولا يحلف قائما وجه الرواية الاولى انه ماشرع فيه التغليظ عليه والزامه القيام من معنى التغليظ فيجب أن يلزمه (مسئلة) ويحلف الرجال والنساء مستقبلي القبلة فيما له بال رواه ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون قال ابن القاسم ماسمعت أنه يستقبل بالحالف القبلة وجه القول الاول انه تغليظ عليهم لما يلزم من تعظيم الجهة فغلظ باستقبالها كما غلظ عليه باليمين عند الموضع الموجه لها المعظم منها ووجه القول الثانى ان هذه حالة لا يلزمه فيها الطهارة فلا يلزمه استقبال القبلة كسائر الحقوق

(فصل) وقوله احلف مكانى يحتمل أن يريد به ان ذلك هو الحق عنده ويحتمل أن يرغب فى أن يقنع بذلك منه ان كل ذلك من حقوق الحاكم على ماتقدم من مذهب سحنون أومن حقوق الطالب باليمين وقول مروان وهو الحاكم فى قضية لا والله الا عند مقاطع الحقوق ولم ينكر عليه زيد ولا غيره يقتضى ان للحقوق مقاطع معينة وانه لا يقنع منه ان كان الحق له باليمين فيها أولا يفتى عليه ان كان حقا للطالب الا بذلك وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون ممن وجبت عليه اليمين عند المنبر وما أشبهه من المواضع فقال أنا أحلف مكانى فهو كنكوله عن اليمين ان لم يحلف فى مقاطع الحقوق وغرم ان ادّعى عليه أو بطل حقه ان كان مدعيا وبذلك قضى مروان على زيد بن ثابت

(فصل) وقوله يحلف ان حقه لحق ويأبى أن يحلف عند المنبر يريد تحقيق ماقاله من دعوى أو انكار وانه لا يمنعه من اليمين عند المنبر مايعتقدون ابطال مايقول ويخاصم به ولكن لتعظيم حرمة منبر النبى صلى الله عليه وسلم ولم تكن تلك اليمين مايستحق بها حقا ولا يدفع بها غرما لان مستحق اليمين لم يقبضها منه هنالك وفى كتاب ابن سحنون عن مالك من قضى عليه باليمين عند المنبر فأبى أن يحلف وحلف فى مقامه انه يقضى عليه وكذلك عندى لو حلف عند المنبر دون أن يقتضيه صاحب اليمين لم يبر بها حتى يحلف وصاحب الحق مقتضيا ليمينه ولو اقتضاه يمينه فى صحن الجامع ورضى بها أو فى منزله أو فى غيره أجزأته يمينه ولم يكن لصاحب اليمين عليه يمين بعد ذلك قاله محمد بن عبد الحكم ووجه ذلك أنه اذا اقتضى منه مارضى به فليس له الرجوع عن رضاه واستيفائه له

(فصل) واختصام زيد بن ثابت وابن مطيع فى دار كانت بينهما الى مروان لا ندرى من الطالب من المطلوب ولا هل كانت للطالب بينة أو كيف كان حكمها غير انه ان وقف الطالب المطلوب على مايدعيه عليه ففى المجموعة عن عبد الملك اذا لم يبين المدّعى دعواه ماهو وكم هو لم يسئل المدعى عليه عنه كما لو قال أنا أطلب منك هذه الدار فبين من اين هى لك فلا يسئل المطلوب عن ذلك * قال القاضى أبو الوليد ومعنى ذلك عندى حتى يقول ان هذه الدار لى فهل صارت اليك من جهتى أو من جهة أحد بسببى فيلزم المطلوب الجواب انها لم تصر اليه من جهته ولا من جهة أحد بسببه (مسئلة) فان حقق المدعى دعواه وبينه لزم المطلوب جوابه باقرار أو انكار وقد روى فى العتبية والمجموعة عن أشهب ان ابن كنانة سأل مالكا عمن فى يده دار فيدعى رجل انها لجده فقال المطلوب لا أقر ولا أنكر ولكن أقم البينة على دعواك قال مالك يجبر المدعى عليه حتى يقر أو ينكر وروى ابن المواز عن ابن الماجشون مثل ذلك قال محمد وذلك صواب (مسئلة) ومن ادعى رجل عليه بستين دينارا فأقر بخمسين وتأبى

في العشرة أن يقر أو ينكر فانه يجبر بالحبس حتى يقر بها أو ينكر اذا طلب ذلك المدعى كما قال مالك وابن الماجشون وقال أستحسن اذا تمادى على شك فأنا أحلفه انه ماوقف عن الاقرار أو الانكار الا انه على غير يقين فاذا حلف على هذا أورد العشرة ويحبس بها فالحكم بلا يمين على المدعى ان كل ما ادعى عليه لا يدفع مع الدعوى فانه يحكم عليه بغير يمين قال ابن المواز وكذلك المدعى عليه دور في يده لا يقر ولا ينكر فأنا أجبره على ذلك فتمادى حكمت عليه للمدعى بلا يمين وهو معنى مسئلة مالك عندى في الذى يصر على الامتناع من الاقرار والانكار ولا يدعى شكا ومسئلة ابن المواز في العشرة دنانير في الذى يقول لا أعلم ويدعى الشك وكان الصواب عنده أن لا يحلف فانه لا معنى ليمينه فان الحكم المتوجه الى الناكل لا يفتقر الى يمين في النكول لانه اذا نكل عن هذه اليمين التى ألزمه اياها لم يجد سبيلا الا الى الحكم عليه بما ادعى عليه والله أعلم ويقتضى قول مالك وابن الماجشون انه ان تمادى عليه كره بالسجن وغيره وقال ابن سحنون عن أبيه فان تمادى أدب حتى يقر أو ينكر ولا يقبل منه غيره ويقتضى قول ابن المواز أنه اذا أصر وقد أعذر اليه بالجبر أن يحكم عليه ويغرم ما ادعى عليه لانه نكول لا يوجب رد اليمين على حصته فأوجب الحكم عليه كنكول المدعى عليه ترد عليه اليمين (مسئلة) فان قال المطلوب قد تقدمت بينى وبين الطالب مخالطة فمن أى وجه يدعى هذا لزم أن يسئل عن ذلك الطالب فان بين وجه طلبه وقف المطلوب على ذلك ولزمه أن يقر أو ينكر وان أبى الطالب أن يبين سبب دعواه فلا يخلو أن يقول لا أذكر ذلك السبب أو لا يقول ذلك ويمنع من وجه طلبه فان قال أنسيته قبل ذلك منه بغير يمين ولزم المطلوب أن يقر أو ينكر وان أبى من تبيينه مع ذكره له لم يسئل المطلوب عن شئ قاله أشهب في المجموعة ونحوه في كتاب ابن سحنون * قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه وكان القياس عندى أن لا يوقف المطلوب حتى يحلف الطالب انه لا يذكر سبب ما يدعيه لانه قد يكون لو ذكر السبب وجد منه مخرجا واذا كتمه لم يمكنه المخرج منه فيدكيانه لتلزمه اليمين والله أعلم وأحكم (مسئلة) فان بين المدعى السبب فانكر المطلوب وقال أنا أحلف انه لا شئ له عندى من هذا السبب لم يجزه ذلك حتى يقول والله لا أعلم له على شيأ بوجه من الوجوه قاله في المجموعة أشهب ونحو في كتاب ابن سحنون وكان الظاهر أن تجزئه يمينه انه لا شئ له عنده من وجه طلبه لان الطالب لم يطلبه بغير ذلك من ان المطلوب لا يحلف حتى يقول له الطالب هذا آخر حقوق عندك ولا فائدة في ا[illegible] يستحلف المدعى عليه في غير ذلك والطالب قد برأ منه ولكن ذهب أشهب الى ذلك مخافة الالغاء والتأويل (مسئلة) وان ادعى رجل انه أسلمه أو باع منه لم يجزه من الجواب أن يقول لا حق لك عندى حتى يقول لم تسلفنى ما تدعيه أو لم تبع منى شيأ مما ذكرت رواه ابن سحنون عن أبيه وهو مقتضى قول مالك قال فان تمادى على اللدد سجنه فان تمادى أدبه قال وكان [illegible] منه في الجواب قوله ماله على حق والى القول الأول رجع آخرا مالك وجه القول الأول بإجزاء ذلك [illegible] قول الشافعى ان اذا قال له مالك على شئ فقد ادعى براءة ذمته وهذا يجزئ من الجواب ولا يلزمه أن يقول انى اشتريت منك لانه ربما اشترى منه وقضاه ولا تقوم له بينة والمدعى [illegible] بالبيع ويدعى بالثمن ان [illegible] ما قبض منه الثمن ووجه القول الآخر ان المدعى [illegible] دعوى حق فيلزمه أن يكون جوابه على موافقة قوله كما لو ادعى المشترى انه قضاه [illegible] لم يجز البائع أن يقول لى عليك حق حتى يقول لم أقبض منك ما تدعيه من الثمن (مسئلة) فاذا أنكر المطلوب المعاملة كلف الطالب البينة فان أقام بينة فادعاه من بيع أو سلف أو ما أشبهه

ذلك لم يلزمه أن يحلف مع شاهديه انهما شهدا بحق رواه ابن القاسم عن مالك فى الواضحة ورواه ابن سحنون قالا عنه الا أن يدعى أنه قضاه فيحلف على القضاء ووجه ذلك أن البينة قد أحقت له دينه فلا معنى ليمينه لان البينة فى تحقيق دعواه أقوى من يمينه ولذلك برئ بها عن يمين المطلوب و يمين الطالب (مسئلة) فان لم تكن للطالب بينة حلف المطلوب وما الذى يلزمه من اليمين فى انكاره روى ابن المواز عن مالك فى البائع يجحد قبض الثمن فينكره المبتاع و يريد أن يحلف ماله على شئ قال بل يحلف ما اشترى منه سلعة كذا فهذا قول مالك و به قال مطرف وابن الماجشون اذا حلف ماله على شئ من كل مايدعيه فقد برئ واختاره ابن حبيب وفى الموازية والعتبية عن ابن القاسم القولان وهما مبنيان على ماتقدم من انكاره ومايجزئ فى ذلك منه والله أعلم (مسئلة) ويحلف المنكر ما ادّعى عليه أو ادّعاه من حقوق نفسه على البت والقطع وماورثه عن أبيه حلف على العلم مثل أن يدعى رجل قضاء أبيه الميت دينه فيحلف انه لايعلمه قبضه ولاشيأ منه رواه ابن سحنون عن أبيه أو يدعى قبل مورثه حقا فيحلف أنه لايعلم له قبله شيأ ووجه ذلك أنه يحلف على البت لانه يدعى علم ذلك ولو لم يدعه لم تقبل دعواه وعلى فعل غيره يحلف على علمه أنه لاسبيل له الى غير ذلك الا أن يقيم شاهد المورثه بحق فيحلف معه فانه يحلف على البت لانه يدعى معرفة ذلك وتحقيقه فيحلف على ما ادعاه من المعرفة فى الاثبات وأما فى النفى فلا طريق له الى ذلك و بالله التوفيق (مسئلة) فان حلف المطلوب برئ فان نكل ففى كتاب ابن سحنون عن أبيه قال مالك وأصحابه لايجب الحق بنكول المطلوب عن اليمين حتى يرد اليمين على المدعى عليه فيحلف قال مالك واذا جهل ذلك الطالب فليذكر له القاضى حتى يحلف الطالب إذلا يتم الحكم الابذلك و به قال الشافعى وقال أبو حنيفة وأصحابه بنفس النكول يجب عليه الحق والدليل على مانقوله ان هذا حق يثبت باليمين فاذا نكل من وجبت عليه اليمين جاز أن تنتقل اليمين الى الجنبة الأخرى كالقسامة (مسئلة) واورد المطلوب اليمين على الطالب لم يكن له الرجوع فى ذلك ولزمه ردها رواه عيسى وأصبغ عن ابن القاسم فى العتبية فيحلف المدعى و يأخذ حقه كان رده لليمين عند السلطان أو عند غيره وذلك ان رده اليمين على الطالب رضا بيمينه وتصديق لقوله مع يمينه فلما تعلق بذلك حق الطالب لم يكن للمطلوب الرجوع عنه ولا ابطال حق يثبت للطالب عليه (مسئلة) وهذا اذا كانت من الأيمان التى ترد فان كانت مما لا يرد مثل أيمان التهمة مثل أن يبيع الرجل عبده بالبراءة ثم يظهر المبتاع فيه على عيب قديم فيحلف البائع انه ما علم به فان نكل رد عليه العبد دون يمين المبتاع وذلك أن المبتاع لاطريق له الى معرفة ذلك فلا يكلف تقحم اليمين على مالاسبيل له ولا لغيره الى معرفته (مسئلة) اذا ادّعى المودع ضياع الوديعة وادّعى المودع تعديه عليها فالمودع مصدق الا أن يتهم فيحلف قاله أصحابنا فى النوادر قال محمد بن عبد الحكم فان نكل ضمن ولا ترد اليمين ههنا ووجه ذلك أنها يمين تهمة دون تحقيق ولذلك اختصت بمن يتهم دون من لايتهم (مسئلة) ومن وجبت عليه يمين فقال للحاكم اضرب لى أجلا حتى أنظر فى يمينى وفى حسابى وأتثبت فعل من ذلك بقدر مايراه قاله محمد بن الحكم ووجه ذلك انه يريد التثبت فيما يحلف عليه فيجب أن يجاب اليه فقد يكون الحساب بكثر و بطول أمره و يتسامح فى الدعوى أو الانكار و يحترز فى اليمين لانها أعظم مقاطع الحقوق (مسئلة) وهذا اذا كانت الدعوى فى عقد كبيع أو سلف أو هبة أو ما أشبه ذلك فأما من أثبت بينة بعبد أو دابة أو ثوب انه ماسكه لايعلمه باع ولا وهب ولا خرج عن ملكه ففى المجموعة من رواية ابن

القاسم عن مالك انه يحلفه الامام ما باع ولا وهب ولا خرج عن ملكه بشئ فيحلف على البت ويستحقه وبه قال أشهب وقال ابن كنانة ليس عليه يمين الا أن يدعى الذى فى يده ذلك أمرا يظن أن صاحبه فعله فيحلف ما فعله ويأخذ حقه وجه القول الأول وعليه جمهور أصحابنا انها يمين للحكم لا يصح له القضاء الا بعد استيفائها لان البينة انما شهدت له بالملك على البت والقطع وشهدت فى بقائه على ملكه على العلم فلا بد من استحلافه على البت فيما بقى وما عسى أن يزيل ملكه عنه من بيع أو هبة أو غير ذلك وحينئذ يستحق أن يقضى له والا كان قد حكم قبل أن يستوفى المستحق أسباب الاستحقاق ووجه القول الثانى ان المطلوب اذا لم يدع شيأ من ذلك فلا معنى لاستحلاف الطالب لانه قد ثبت له الملك ولا يدعى خروجه عن ملكه والله أعلم وأحكم

﴿ مالا يجوز من غلق الرهن ﴾

غلق الرهن معناه أن لا يفك يقال غلق الرهن اذا لم يفك ومعنى الترجمة أنه لا يجوز أن يعقد الرهن على وجه يؤول الى المنع من فكه وأنشد والزبى

وفارقتك برهن لا فكاك له * يوم الوداع فأمسى رهنها غلقا

ص ﴿ مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يغلق الرهن * قال مالك وتفسير ذلك فيما نرى والله أعلم أن يرهن الرجل الرهن عند الرجل بالشئ وفى الرهن فضل عما رهن فيه فيقول الراهن للمرتهن ان جئتك بحقك الى أجل يسميه له والا فالرهن لك بما رهن فيه قال فهذا لا يصلح ولا يحل وهذا الذى نهى عنه وان جاء صاحبه بالذى رهن به بعد الأجل فهو له وأرى هذا الشرط مفسوخا ﴾ ش قوله لا يغلق الرهن معناه والله أعلم لا يمنع من فكه وذلك انه نهى عن عقد يتضمن ذلك وعن استدامته ان عقد على وجه يتضمن فان وقع فقد قال يرهن الرهن فى دينه على هذا الشرط لا يصلح ولا يحل يريد فى مسئلة الكتاب وهو فى دين ثابت ومثل ذلك أن يبيعه ثوبا بمائتى درهم الى أجل ثم يرهنه به رهنا على أنه ان جاءه بالثمن الى ذلك الأجل والا فالرهن له بذلك الثمن فالبيع صحيح والرهن فاسد وله ان قبضه البائع حكم الرهن رواه ابن حبيب عن ابن القاسم قال مالك فى المدونة ومعنى ذلك ان البيع سلم من هذا الشرط والرهن على هذا الوجه ينقض من قرض كان أو من بيع ووجه ذلك ما احتج به مالك من النهى عنه والنهى عنه يقتضى فساد المنهى عنه ولانه فى القرض تارة يكون بيعا وتارة يكون قرضا وهو اذا كان الدين من بيع أو من قرض بمعنى فسخ دين فى دين وذلك يمنع صحة ما حملا عليه من غلق الرهن وهو بيعه بالدين الذى رهن به (مسئلة) فاما ان كان ذلك فى بيع انعقد على هذا الشرط بأن يبيعه ثوبا بمائة درهم الى أجل على أن يرهنه به دابة على ان جاءه بالثمن الى ذلك الأجل والا فالدابة له عوضا من الثوب فان هذا البيع فاسد لان البائع لا يدرى بما باع ثوبه بالمائة درهم أو بالدابة فينتقض البيع والرهن ما لم يفت الثوب فيمضى الثوب بالقيمة ويبطل الأجل وشرط الرهن (مسئلة) وان حل الأجل ولم يفسخ الرهن الى ربه وأخذ المرتهن دينه سواء تغير قبل الأجل بزيادة أو نقصان أو حوالة أسواق أو لم يتغير وللمرتهن أن يحبسه بحقه وهو أحق به من الغرماء لانه على ذلك أخذه وانما معنى قوله انه يفسخ انه ان كان ما عليه مؤجلا الى سنة أنه يفسخ قبل السنة وهذا كله قول مالك فى المدونة * قال القاضى أبو الوليد وعندى انه يجب أن يفسخ علاقه وأما أن يؤخذ من المرتهن ويبقى دينه دون رهن فلا

﴿ مالا يجوز من غلق الرهن ﴾

* قال يحيى حدثنا مالك عن ابن شهاب عن سعيد ابن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يغلق الرهن * قال مالك وتفسير ذلك فيما نرى والله أعلم أن يرهن الرجل الرهن عند الرجل بالشئ وفى الرهن فضل عما رهن فيه فيقول الراهن للمرتهن ان جئتك بحقك الى أجل يسميه له والا فالرهن لك بما رهن فيه قال فهذا لا يصلح ولا يحل وهذا الذى نهى عنه وان جاء صاحبه بالذى رهن به بعد الاجل فهو له وأرى هذا الشرط منفسخا

﴿ القضاء في رهن الثمر والحيوان ﴾

قال يحيى سمعت مالكا يقول فمين رهن حائطا له الى أجل مسمى فيكون ثمر ذلك الحائط قبل ذلك الأجل ان الثمر ليس برهن مع الأصل الا أن يكون اشترط ذلك المرتهن في رهنه وان الرجل اذا ارتهن جارية وهي حامل أو حملت بعد ارتهانه اياها ان ولدها معها قال مالك وفرق بين الثمر وبين ولد الجارية أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من باع نخلا قد أبرت فثمرها للبائع الا أن يشترطه المبتاع قال والأمر الذي لا اختلاف فيه عندنا ان من باع وليدة أو شيأ من الحيوان وفي بطنها جنين ان ذلك الجنين للمشترى اشترطه المشترى أو لم يشترطه فليست النخل مثل الحيوان وليس الثمر مثل الجنين في بطن أمه * قال مالك ومما يبين ذلك أيضا ان من أمر الناس أن يرهن الرجل ثمر النخل ولا يرهن النخل وليس يرهن أحد من الناس جنينا في بطن أمه من الرقيق ولا من الدواب

(مسئلة) فان لم يرد بعد الأجل وما يقرب منه حتى تغيرت أسواقه أو تغير بزيادة أو نقصان لزمه بقيمته ويقاص بثمنه من دينه ويترادان الفضل قاله مالك في المدونة ومعنى ذلك عندي ان البيع انما وقع فيه يوم حل الأجل فان فات بعد ذلك فقد فات بيد المبتاع في البيع الفاسد قال مالك في المدونة وهذا في السلع والحيوان وأما في الدور والأرضين فان حوالة الأسواق وطول الزمان لا يفيتها وترد الى الراهن لانه بيع فاسد محرم وانما يفيتها الهدم والبنيان والغرس سواء تهدمت بفعل المرتهن أو بفعل غيره (فرع) فان فات الرهن بعد الأجل بيد المرتهن على وجه يلزمه فقد قال ابن عبد الحكم ورواه ابن عبدوس عنه عليه قيمته قيل يوم فات وقيل يوم حل الأجل وهو قول مالك في المدونة قال ابن عبدوس وقول ابن عبد الحكم أحب الى وجه ذلك انه قبض الرهن على وجه البيع فلذلك روعيت قيمته يوم الفوات لان حكم الرهن كان أحق به بعد الأجل وقبل الفوات واليه كان يرد لو ظهر عليه ووجه القول الثاني وهو الأظهر عندى انه من يوم الأجل مقبوض للبيع ولو لم يكن مقبوضا للبيع لما فات بتغير الأسواق ولا زيادة ولا نقصان ولذلك يضمن بعد الأجل ضمان ما بيع بيعا فاسدا دون ضمان ما يغاب عليه من الرهن (مسئلة) وروى ابن الماجشون عن الدراوردى عن الزهرى عن ابن المسيب عن النبي صلى الله عليه وسلم مثله وزاد فيه هو من صاحبه الذى رهنه له غنمه وعليه غرمه ومعناه عند مالك وأصحابه له غلته وخراج ظهره وأجرة عمله وعليه غرمه أى نفقته وليس يريد به الهلاك والمصيبة لان الغنم اذا كان الخراج والغلة كان الغرم ما قابل ذلك من النفقة وهو نحو ما روى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال الرهن محلوب ومركوب أى غلته لربه ونفقته عليه لا يمنعه كونه رهنا من صرف هذه المنافع الى مالكه الراهن أو غيره وقد رأيت للشيخ أبي اسحق نحو هذا التفسير فيه ولا يجوز ذلك للمرتهن لانه زيادة في القرض وعوض مجهول في المبايعة وقال الشيخ أبو بكر معنى قوله له غنمه أى منفعته ولم يرد ملكه لان الملك لم يزل عن الراهن وغرمه أى نفقته وتلفه اذا ثبت تلفه من الراهن وقال بعض المالكيين معنى قوله له غنمه أى رجوعه اليه ورجوع رب الحق عليه بحقه وذلك معنى قوله ان غرمه عليه يريد ان الغرم الذى رهن من أجله عليه كما كان رجوع الرهن اليه والله أعلم وأحكم

﴿ القضاء في رهن الثمر والحيوان ﴾

ص *قال يحيى سمعت مالكا يقول فمين رهن حائطا له الى أجل مسمى فيكون ثمر ذلك الحائط قبل ذلك الأجل ان الثمر ليس برهن مع الأصل الا أن يكون اشترط ذلك المرتهن في رهنه وان الرجل اذا ارتهن جارية وهي حامل أو حملت بعد ارتهانه اياها ان ولدها معها* قال مالك وفرق بين الثمر وبين ولد الجارية أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من باع نخلا قد أبرت فثمرها للبائع الا أن يشترطه المبتاع قال والأمر الذى لا اختلاف فيه عندنا ان من باع وليدة أو شيأ من الحيوان وفي بطنها جنين ان ذلك الجنين للمشترى اشترطه المشترى أو لم يشترطه فليست النخل مثل الحيوان وليس الثمر مثل الجنين في بطن أمه * قال مالك ومما يبين ذلك أيضا ان من أمر الناس أن يرهن الرجل ثمر النخل ولا يرهن النخل وليس يرهن أحد من الناس جنينا في بطن أمه من الرقيق ولا من الدواب* ش قوله من رهن حائطا الى أجل فأثمر الحائط قبل الأجل فان ذلك الثمر لا يكون رهنا مع الحائط * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه معناه لا يكون الثمرة حكم الرهن ولا يكون المرتهن أحق بها من الغرماء وذلك أن النماء من الرهن على ضربين أحدهما أن يكون من غير جنس الاول كثمرة النخل وعسل النحل

وغلة الزرع والرباع وغلة العبيد وسائر الحيوان فهذا كله لا يكون رهنا مع الأصل ما حدث منه بعد عقد الرهن فأما الثمرة فسواء حدثت بعد العقد أو كانت موجودة حين الرهن من هبة أو غير من هبة قاله ابن القاسم وأشهب وقال أبو حنيفة والثورى ان اللبن والصوف وثمر النخل والشجر ما حدث من ذلك بعد الرهن فهو فى الرهن وكذلك الغلة والخراج والدليل على ما نقوله انه نماء حادث من غير جنس الأصل فلم يتبعه فى عقد الرهن أصل ذلك مال العبد (مسئلة) وأما أصواف الغنم وألبانها فلا تتبع أيضا اذا حدثت بعد عقد الرهن أو كانت غير كاملة فأما ان كانت كاملة يوم عقد الرهن فقد قال ابن القاسم يلحقها حكم الرهن وقال أشهب لا يكون رهنا الا بالشرط وجه قول ابن القاسم انه متصل بالحيوان اتصال خلقة قد كمل ويتبع فى البيع بمجرد العقد فكذلك فى الرهن كأعضاء الحيوان وقد قال بعض القرويين فى النخل ترهن وفيها ثمرة يابسة يجب أن تكون للمرتهن على قول ابن القاسم كالصوف التام * قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه والذى عندى ان الثمرة اليابسة لا تتبع فى الرهن لانها لا تتبع فى البيع بخلاف الصوف لان الصوف لا يخلو منه الحيوان ويؤخذ منه على سبيل الاصلاح له فأشبه جريد النخل وأما الثمرة فمن غير جنس الأصل ومقصودة بالغلة تخلو منها الشجرة فى بعض أوقاتها وذلك حكم رطبها ويابسها وجه قول أشهب ما احتج به من ان هذه غلة فلم تتبع الأصل فى الرهن بمجر العقد كاللبن فى ضروع الغنم (مسئلة) وأما غلة الدور المكتراة وغلة العبيد والدواب فلا يكون شئ من ذلك رهنا مع الرقاب وكذلك مال العبد لا يتبعه فى الرهن الا بالشرط قاله مالك فان شرطه جاز ذلك وان كان مجهولا كما يجوز فى البيع فان شرطه ففى كتاب محمد لا يكون له ما أفاد بعد الرهن لانه غلة قال فى كتاب ابن عبدوس ولا ما وهب له قال فى الكتابين الا أن يرج فى المال الذى شرطه فهو كماله (مسئلة) ويجوز ارتهان مال العبد دونه فيكون له معلومه ومجهوله يوم الرهن ان قبضه قاله مالك فى المجموعة وجه ذلك ان الغرر والمجهول يصح ارتهانه كما يصح افراد الثمرة التى لم تؤبر بالارتهان

(فصل) وقوله ومن ارتهن جارية وهى حامل أو حملت بعد الرهن فان ولدها معها وقد تقدم ان النماء على ضربين وقد تقدم الكلام فيما ليس من جنس الأصل وأما ما كان من النماء من جنس الأصل كالولد زاد الشيخ أبو القاسم وفراخ النخل والشجر فان جميع ما تلده الأمة بعد عقد الرهن يكون رهنا معها دون شرط خلافا للشافعى وجه ذلك أنه من جنس الأصل فأشبه سمنها ومن ارتهن عبدا فولد للعبد من أمته فقد قال الشيخ أبو اسحاق الولد رهن مع أبيه دون أمه وجه ذلك ان أمه مال للعبد فلا تكون رهنا معه بمجرد العقد والولد نماء من جنس الأصل فكان تبعا له فى الرهن (فرع) ولو شرط فى الأمة انها رهن دون ما تلده لم يجز ذلك قاله مالك فى المدونة وقال فى المجموعة لا يرتهن الجنين دون الأم وليس الولد كالثمرة وجه ذلك انه جزء معين من الجارية فلم يجز أن ينفرد بالرهن كيدها أو عضو من أعضائها وقال أحمد بن ميسر يجوز أن يرتهن ما تلده هذه الجارية أو هذه البقرة أو هذه الغنم كما يرتهن العبد الآبق والجمل الشارد ويصح ذلك بالبعض فاذا ولدت الغنم كان الولد رهنا وقاله الشيخ أبو القاسم فى تفريعه (مسئلة) وأما ما ولدته قبل الرهن فقد روى أشهب عن مالك فى العتبية يجوز أن يرتهن ولدها وتباع مع ولدها فيكون المرتهن أولى بحصتها من الثمن ويحاص الغرماء فى حصة الآبق وروى أبو زيد عن ابن القاسم فى وصيف يوضع رهنا قال أمه تكون معه فى الرهن يريد لا يفرق بينهما فى المكان واما أن يتعلق بها

حكم الرهن فلا قال الشيخ أبو اسحاق لا يرهن الصبي حتى يثغر كما لا يجوز بيعه حتى يثغر الا أن يرهن مع أمه

(فصل) وقوله وفرق ما بين الثمرة وولد الجارية أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من باع نخلا قد أبرت فثمرتها للبائع الا أن يشترطها المبتاع قال والأمر الذى لا اختلاف فيه ممن باع جارية أو شيأ من الحيوان وفى بطنها جنين ان ذلك للمشترى وان لم يشترطه فهذا على ما قال فرق بين الثمرة المؤبرة والجنين وحجة من أراد الحاق أحدهما بالآخر وأن يجعل الثمرة المأبورة تتبع فى الرهن كما تبع الجنين وأما الثمرة التى ليست بمؤبرة فخارجة عن ذلك لانها تتبع النخل فى البيع وان لم يشترطها المبتاع فهى فى البيع بمنزلة الجنين وفى لرهن مخالفة للجنين والفرق بين الرهن والبيع ان البيع ينقل المبيع عن ملك البائع فكانت غلته للمبتاع والرهن لا ينقل الرهن عن ملك الراهن فبقيت غلته له والجنين لما كان من جنس أمه تبعها فى الرهن والبيع كسمنها لم ينفصل عنها فى بيع ولا رهن قال مالك فى جرح العبد المرتهن يؤخذ له الارش انه للمرتهن فى رهنه

(فصل) وقوله ويبين ذلك ان من أمر الناس أن يرهن الرجل ثمر النخل دون الأصل ولا يرهن أحد جنينا دون أمه وهذا أيضا فرق بين الثمرة المأبورة وبين الجنين اذا سلم له وان قلنا انه يصح افراد الثمرة التى لم تؤبر بارهن أو ثمرة نبتت فى المستقبل فى نخله وهو الظاهر من المذهب فقد قال ابن القاسم يجوز ارتهانها سنين وقال ابن المواز يجوز أن يرهن الثمرة قبل أن تكون طلعا وقال أشهب يجوز ارتهان غلة الدار فهذا فرق واضح بين الثمرة والجنين والفرق بينهما ما قدمناه واذا لم يسلم له ما ادّعاه فى الجنين فلا يصح هذا الفرق الا على أصله ومذهبه دون مذهب من خالفه وجمع بينهما فى ان يتبعا الاصل فى الرهن أو لا يتبعانه وقد اختلف فيما قاله مالك من ذلك (فرع) واذا قلنا انه يجوز ارتهان الثمرة التى لم يبد صلاحها دون الاصول فانه لا يكون الحوز فيها الا بقبض الاصول ومن ارتهن زرعا فى أرض دون الارض فان حيازته بقبض الاصول قاله ابن القاسم فى المدونة وقال فان فلس فالثمرة والزرع للمرتهن دون الشجر والارض فان ذلك للغرماء قال وذلك انه لا يمكنه قبض الثمرة الا بقبض الاصل وجه ذلك أن قبض الرهن مبنى على منع الراهن منه جملة فلا يبقى له فى الرهن تصرف بوجه وذلك أن الرهن يبطل بتعذر الحيازة ويبطل بعدم صحة الحيازة بعدم الحيازة فكان القبض فيه مخالفا للقبض فى البيع اذ لم يبطل بعدم القبض وانما يبطل بعدم امكانه فحكم القبض فى الرهن أشد منه فى الهبة لأن الهبة اذا صحت بالحيازة لا تبطل برجوعها الى يد الواهب والرهن يبطل برجوعه الى يد الراهن فلم يصح حيازته الا بمنع الراهن منه بكل وجه

﴿ القضاء فى الرهن من الحيوان ﴾

ص ﴿ قال يحيى سمعت مالكا يقول الامر الذى لا اختلاف فيه عندنا فى الرهن أن ما كان من أمر يعرف هلاكه من أرض أو دار أو حيوان فهلك فى يد المرتهن وعلم هلاكه فهو من الراهن وان ذلك لا ينقص من حق المرتهن شيأ ﴾ ش قوله ما كان من أمر يعرف هلاكه يريد ان يكون ذلك غالب أمره أن ضياعه يعرف ويشتهر ولا يغاب عليه كالارض والدور والحيوان فان هذا لا يمكن اخفاؤه بالمغيب عليه والسرله * قال مالك وكذلك الزرع والثمرة فى رؤس النخل وهذا على ما قال وأما الارض والرباع كلها وأصول الشجر مما لا ينقل ولا يحول فأمرها ظاهر يعلم صدق مدعى

﴿ القضاء فى الرهن من الحيوان ﴾
قال يحيى سمعت مالكا يقول الأمر الذى لا اختلاف فيه عندنا فى الرهن أن ما كان من أمر يعرف هلاكه من أرض أو دار أو حيوان فهلك فى يد المرتهن وعلم هلاكه فهو من الراهن وان ذلك لا ينقص من حق المرتهن شيأ

ضياعها من كذبه وأما الحيوان فان ادعاء اباق العبد وهرب الحيوان أمر لا يكاد المرتهن ان يقيم به بينة لأن هذا يكون كثيرا في وقت الغفلة وفي حين لا يمكن اقامة البينة به * قال مالك لأن الاصل ما أخذه عليه على غير الضمان حتى يتبين كذبه وذلك مثل ما قال أشهب اذا زعم ان الدابة انفلتت منه أو العبد كابره بحضرة جماعة من الناس فينكرون ذلك فلا يصدق الا أن يكون الذين ادعى عليهم غير عدول فلا يصدقون والقول قوله قال ابن المواز وهذا مذهب مالك وأصحابه فيما لا يغاب عليه ووجه المشهور من قول مالك انهم اذا كانوا غير عدول لم يثبت كذبه وكان على أصله في التصديق وانتفاء الضمان لأنه على ذلك أخذه فوجود غير العدول كعدمهم فيما يتعلق بالحكم له وعليه (مسئلة) وأما في الموت ففي كتاب ابن المواز عن مالك يصدق الا أن يظهر كذبه بدعواه ذلك بموضع لا يعلم أهله ذلك ومعنى ذلك انه يصدق اذا ادعى موته في الفيافي والقفر بحيث لا يكون به من يعرف به صدقه أو كذبه فان كان في القرى وحيث يكون الناس فان كان في موضع يكون فيه أهل العدل ولم يعلم أحد منهم موت ذلك (٢) (مسئلة) ولو قال ماتت دابة لا نعلم لمن هي في المجموعة فوصفوها ان عرفوا الصفة أو لم يصفوها قبل قوله انها هي ويحلف وجه ذلك ان هذا المقدار من العلم هو الذي يعلم أهل الجهة التي ماتت الدابة بها فاذا عدم ذلك علم كذبه فيما زعمه من موته وليس كل من رأى دابة ميتة سأل عمن ملكها ولا يتبين صفتها بل يصرف بصره عنها ويسرع المشي في البعد عنها فلا يتبين كذب مدعي ذلك في عدم المعرفة بهذا المعنى منها

(فصل) وقوله وان ذلك لا ينقص من حق المرتهن شيأ يريد ان حق المرتهن على الراهن بكماله لا ينقص منه لأجل ما ذهب من الرهن بيده لأن ضمان ما لا يغاب عليه اذا رهن من راهنه وبه قال الاوزاعي ورواه يحيي بن كثير عن علي رضي الله عنه وقال ابن أبي ليلى وأبو حنيفة والثوري الرهن كله من ضمان المرتهن وروى القاضي أبو الفرج عن ابن القاسم فيمن ارتهن نصف عبد وقبضه كله وتلف عنده انه لا يضمن الا نصفه وهذا موافق لما قاله أبو حنيفة في ضمان المرتهن لما لا يغاب عليه الا أنه عند أبي حنيفة مضمون بقدر الدين دون قيمته والدليل على ما نقوله أن ما لا يضمن بقيمته لا يضمن بقيمة غيره كالوديعة وقد قال في كتاب ابن المواز قلت ففي أي موضع يكون الرهن بما فيه ان ضاع فقال فيما يغاب عليه ولا يعلم له قيمة ولا صفة لقول الراهن ولا المرتهن ولا غيرهما فهذا لا طلب لأحدهما على الآخر وقد كان القياس يحتمل أن يجعل قيمته من أدنى الرهن وقد ذكر لي ذلك عن أشهب وما قلت لك أولا هو قول العلماء وأحقه بحديث النبي صلى الله عليه وسلم الرهن بما فيه قال أبو الزناد وفي الحديث اذا عميت قيمته وهذا الذي ذكره لا يثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم فيه شئ ولا له أصل وانما هو قول جماعة من الفقهاء ان الرهن يضمن منه قدر الدين وما زاد على ذلك من قيمته فهو أمانة وهو قول ابن أبي ليلى والثوري وأبي حنيفة وروي عن محمد بن الحنفية عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه وما روي فوق هذا من قول أصحابنا في معنى قوله الرهن بما فيه هو قول الفقهاء السبعة انما ذلك اذا جهلت صفاته ولم يدع معرفة ذلك الراهن ولا المرتهن وهو قول الليث بن سعد وبلغني عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه وقد قال مالك الرهن بما فيه اذا ضاع عند المرتهن ما يغاب عليه وكانت قيمته بقدر الدين وسيأتي ذكره ان شاء الله عز وجل ص * قال مالك وما كان من رهن يهلك في يد المرتهن فلا يعلم هلاكه الا بقوله فهو من المرتهن وهو لقيمته ضامن يقال له صفه فاذا وصفه أحلف على صفته وتسمية ماله فيه ثم يقومه أهل البصر بذلك فان كان فيه فضل عما

* قال مالك وما كان من رهن يهلك في يد المرتهن فلا يعلم هلاكه الا بقوله فهو من المرتهن وهو لقيمته ضامن يقال له صفه فاذا وصفه أحلف على صفته وتسمية ماله فيه ثم يقومه أهل البصر بذلك فان كان فيه فضل عما

سمى فيه المرتهن أخذه الراهن وان كان أقل مما سمى أحلف الراهن على ماسمى المرتهن وبطل عنه الفضل الذى سمى المرتهن فوق قيمة الرهن وان أبى الراهن أن يحلف أعطى المرتهن مافضل بعد قيمة الرهن فان قال المرتهن لاعلم لى بقيمة الرهن حلف الراهن على صفة الرهن وكان ذلك له اذا جاء بالأمر الذى لايستنكر * قال مالك وذلك اذا قبض المرتهن الرهن ولم يضعه على يدى غيره ﴿ ش قوله وما كان من رهن يهلك بيد المرتهن فلايعلم هلاكه الابقوله فهو من المرتهن يريد انه مما يغاب عليه ولا يكاد أن يعلم هلاك ما كان من جنسه الا بقول من هو بيده كالثياب والعروض والعنبر والحلى والطعام وغير ذلك مما يكال أو يوزن فهذا وما أشبهه يوصف بأنه مما يغاب عليه وهذا الجنس من الرهون اذا ضاع بيد المرتهن فلايخلو أن تقوم بضياعه بينة أو لاتقوم بذلك بينة فان قامت به بينة فعن مالك فى كتاب ابن المواز فى ذلك روايتان احداهما أنه لايضمن وبها قال ابن القاسم وعبد الملك وأصبغ واختارها ابن المواز والثانية يضمن فى الرهن والعارية وهو مذهب الأوزاعى فى الرهن وبه قال أشهب وجه الرواية الاولى ان مالايغاب عليه من الرهون لايضمن وانما يضمن مايغاب عليه لحاجة الناس الى الرهون والاقراض والشراء بالدين ومايغاب عليه يدعى فيه الضياع على وجه لايعلم فيه كذب مدعيه غالبا فيؤدى ذلك الى ضياع أموال الناس والمرتهن يأخذه لمنفعة نفسه وقد كان له أن يضعه على يد عدل فيبرأ من ضمانه فاذا لم تقم له بينة بهلاكه كان عليه ضمانه كما لزم الكرى ضمان ماينفرد بحمله من الطعام لما يخيف من تسرع أمثاله الى أكله حفظا للاموال ولذلك سقط عنه الضمان فيما لايغاب عليه من الحيوان واذا كان يسقط عنه الضمان فى الحيوان وان تلف بغير بينة لما كان الغالب من أمره ظهوره فبأن يسقط عنه الضمان فيما يغاب عليه اذا قامت عليه بينة أولى وأحرى ووجه الرواية الثانية ان مايغاب عليه من الرهون حكمها الضمان وعلى ذلك أخذت فاستوى فيها ثبوت اتلافها ببينة أو خفاء ذلك كالرهن مما لايغاب عليه لما قبض على غير الضمان استوى فيه ثبوت ذلك أو خفاء ذلك (فرع) واذا قلنا برواية ابن القاسم وقامت بينة بهلاك مايغاب عليه من الرهون من غير تضييع من المرتهن ففى المجموعة من رواية ابن القاسم عن مالك لايضمن وكذلك لو رهنه رهنا فى البحر فى المركب فيغرق المركب أو يحترق منزله أو يأخذه لصوص منه بمعاينة فى ذلك كله (فرع) واذا جاء المرتهن بالرهن وقد احترق وقال وقعت عليه نار فلا يصدق وهو ضامن الا أن تقوم عليه بينة أو يكون الاحتراق أمرا معروفا مشهورا من احتراق منزله أو حانوته فيأتى ببعض ذلك محرقا فانه يصدق رواه ابن حبيب عن أصبغ عن ابن القاسم ومعنى ذلك أن الرجل قد يدعى احتراق الثوب يكون عنده بما لايعلم سببه مثل أن يقول وقع فى نار أو جاورته نار لم تتعدا الى غيره أو تعدت الى يسير يخفى مثله أو يدعى احتراق ذلك بما يعلم سببه كاحتراق المنزل أو الحانوت فاذا كان مما لايعلم سببه فهو ضامن وان جاء به محروقا الا أن تقوم بينة بما يدعيه وان كان مما قد علم سببه كاحتراق منزله أو حانوته فلايخلو أن يثبت أن ذلك الثوب كان فيما احترق من حانوته أو منزله أو لا يثبت ذلك ببينة فان ثبت ذلك ببينة فلا خلاف فى تصديقه سواء أتى ببعض ذلك محروقا أو لم يأت بشئ منه وان لم يثبت ذلك ببينة فان أتى ببعض ذلك محروقا صدق أنه كان من حانوته الذى احترق وان لم يأت بشئ منه وادعى احتراق جميعه فظاهر المسئلة انه غير مصدق * قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه والذى عندى أنه اذا كان مما جرت العادة برفعه من الرهن فى الحوانيت حتى يكون متعديا بنقله عنه كأهل الحوانيت من التجار الذين جرت عادتهم بارتهان الثياب ورفعها فى

سمى فيه المرتهن أخذه الراهن وان كان أقل مما سمى أحلف الراهن على ماسمى المرتهن وبطل عنه الفضل الذى سمى المرتهن فوق قيمة الرهن وان أبى الراهن أن يحلف أعطى المرتهن مافضل بعد قيمة الرهن فان قال المرتهن لاعلم لى بقيمة الرهن حلف الراهن على صفة الرهن وكان ذلك له اذا جاء بالأمر الذى لا يستنكر * قال مالك وذلك اذا قبض المرتهن الرهن ولم يضعه على يدى غيره

حوانيتهم لا يكادون ينقلون شيأ من ذلك عنها فانى أرى أن يصدقوا فيما يدعون من احتراق ذلك فيما عرف وشوهد من احتراق حانوته وقد أفتيت بذلك فى طرطوشة عند احتراق أسواقها وكثرت الخصومة فى مثل هذا وأنا معهم بها وغالب ظنى أن بعض من كان هنالك من طلبة العلم أظهر الى رواية عن ابن أيمن بمثل ذلك والله أعلم وهذا وان كان الراهن انما قبض الرهن على الضمان فان معناه عند ابن القاسم خوف ضمان التعدى وانه غير مصدق فيما يدعى من ضياعه لا بضمان أثبته الشرع عليه بمقتضى الرهن فاذا كانت له شبهة من احتراق حانوته وكان هذا الرهن مما جرت العادة بحفظه فى حانوته كان القول قوله فيما ادعاه من كونه فيه حين احتراقه (مسئلة) واذا أتى المرتهن بالرهن وهو ساح قد تأ كله السوس فلا ضمان عليه ويحلف ما ضيعه ولا أراد فيه فسادا وان كان أضاعه ولم ينظر فى أمره حتى أصابه بسببه أن يكون فيه شئ رواه فى العتبية عيسى عن ابن القاسم عن مالك وقال الشيخ أبو اسحق اذا تأ كلت الثياب عند مرتهنها أو قرضها الفأر أو ما أشبه ذلك فان كان أضاعها ضمن والا لم يضمن وقال ابن القاسم يضمن (مسئلة) وأما ان تلف بغير بينة فلا خلاف فى المذهب فى انه مضمون خلافا لسعيد بن المسيب والزهرى وعمرو بن دينار فى قولهم ان الرهن كله أمانة ما يغاب عليه وما لا يغاب عليه وبه قال الشافعى والدليل على ما نقوله ان قبض ما يملك فنفعته للقابض مؤثرة فى الضمان كالشراء (مسئلة) والرهن مضمون على حكم الارتهان فى الضمان من حين يقبضه المرتهن الى أن يرده الى راهنه ففى العتبية من رواية يحيى فيمن سألك سلفا فاعطاك به رهنا فتلف الرهن قبل أن يصل السلف الى الراهن فان المرتهن يضمنه لانه لم يأخذه الا بمعنى الاستيثاق ولو دفع الراهن الى المرتهن ما على الرهن من الدين ثم تلف الرهن بيد المرتهن فقد قال فى المدونة فيمن ارتهن رهنا بدين فاستوفاه ثم ضاع الرهن عنده بعد ذلك فهو ضامن لقيمته ووجه ذلك انه مقبوض على حكم الرهن فلا تأثير فيه لقضاء ما عليه من الدين وكذلك لو كان عليه مائة فاداها كلها الا درهما واحدا ثم ضاع الرهن لم ينقصه ما ادى من ضمان الرهن شيأ ولو كان له فيه تأثير لوجب أن ينقص من ضمان الرهن بقدر ما ادى من دينه وأيضا فان الرهن مضمون بقيمته ولو كان الدين بضمانه تعلق لكان مضمونا بدينه (مسئلة) ولو كان لك عليه دين وله بيدك رهن فوهبته الدين ثم ضاع عندك الرهن ففى العتبية والمجموعة عن ابن القاسم وأشهب انك تضمنه ونحوه فى المدونة ووجه ذلك ما قدمناه من انه مقبوض على حكم الرهن فبراءة الراهن مما رهن به لا تغير حكمه فى الضمان كما لو قضاه ذلك (فرع) وهل للواهب الرجوع فى هبته قال أشهب يرجع الواهب فيما وضع من حقه ليقاصه به فى قيمة الرهن فان بقى له منه شئ لم يكن له بعضه وان بقى عليه من قيمة الثوب شئ أداه قال لانه لم يضيع حقه ليتبع بقيمته (مسئلة) وأى وقت يراعى فى قيمته فى العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم يضمن قيمة ما يغاب عليه من الرهن من حلى وثياب وغيره يوم الضياع لا يوم الرهن وقال فى موضع آخر يضمن قيمته يوم ارتهنه وجه القول الأول أنه ليس بمضمون عليه من يوم الرهن ولذلك لو قامت بينة لم يضمنه فلذلك كانت قيمته يوم ضاع لانه حينئذ ضمنه ووجه القول الثانى انه انما يضمن بالقيمة فلذلك روعيت قيمته يوم القبض وهو معنى قولنا يوم الرهن وقال أصبغ فى الواضحة ما معناه انه يراعى قيمته يوم الضياع فان جهلت فقيمته يوم الرهن (فرع) وهذا اذا لم يقوم الرهن يوم الارتهان وأما لو قوم الرهن بعشرة دنانير فضاع فتلك القيمة تلزمه الا أن يكونا قد زادا فى قيمته أو نقصا فيرد الى قيمته اذا علم بذلك قاله فى العتبية ووجه ذلك أن تقويمهما للرهن عند الراهن اتفاق منهما على قيمته واقرار بذلك

فيحملان على ذلك الا أن تثبت الزيادة في ذلك أو النقصان فيحملان عليه بعد الضياع و يضمنان من اقراره على ذلك قبل الضياع (مسئلة) ومن رهن عند رجل رهنا ثم رهن فضله الآخر قال ابن القاسم لا يضمن الأول منه الا قدر مبلغ حقه من قيمته وهو في باقيه أمين ولا ضمان على الثاني وقال أشهب ضمانه كله من الأول وجه قول ابن القاسم ان رضا المرتهن الأول بارتهان الثاني الفضلة نقل لها الى حكم الأمانة فلا ضمان عليه فيها ولا ضمان على المرتهن الثاني فيها لانه رهن على يد أمين فلا يضمنه المرتهن ووجه قول أشهب أنه قد قبضه على وجه الرهن فلا ينتقل منه برهن غيره الا بقبضه منه كما لو قضاه ما عليه من الدين لم ينتقل الى حكم الأمانة والوديعة والفرق بينهما على رأى ابن القاسم ان المرتهن اذا قبض ما على الرهن من الدين وطلب صاحبه قبضه فهو عنده على ذلك الحكم حتى يقتضيه أو يوافقه على انه عنده على حكم الوديعة فيقره عنده على ذلك فينتقل الى حكم الوديعة أو يبيعه منه فينتقل الى حكم المبيع والذى أباح له أن يرهنه غيره فقد صرح بأنه عنده على حكم الامانة ولم يبقه عنده على الحكم الذى كان عليه قبل ذلك فكان بمنزلة أن يقبض ما عليه من الدين و يقول له هذا رهنك فاقبضه فيقول اتركه لى عندك وديعة فهذا الاخلاف في انتقاله الى حكم الوديعة (مسئلة) ولو شرط فيما يغاب عليه أن لا يضمنه وأن يقبل قوله فيه فقد قال ابن القاسم شرطه باطل وهو ضامن وقال ابن البرقى عن أشهب شرطه جائز وهو مصدق في الرهن والعارية قال ذلك كله ابن المواز وجه القول الأول ان الشرط اذا انعقد على نقل ضمانه من محله لم ينقله و يبطل الشرط لان مقتضى العقد في هذا أقوى من الشرط وهذا حكم الضمان في سائر العقود انما يثبت بقبضها ولا تأثير للشرط في ذلك وانما يؤثر فيما اختلف قول مالك فيه في محل الضمان كالمبيع الغائب وما جرى مجرى ذلك لتردد الضمان عنده بين المحلين باصل العقد فلذلك كان للشرط فيه تأثير والله أعلم

(فصل) وقوله يقال له صفه ثم يحلف على صفته و يسميه ماله فيه الى آخر الفصل معناه ان لم يختلف الراهن والمرتهن في صفة الرهن الذى تلف ولزم المرتهن ضمانه إما لتعديه أو لعدم البينة على ضياعه أو لان ذلك حكم ما يغاب عليه من الرهون على رواية أشهب عن مالك فان اتفقا على صفة الرهن حكم بقيمة تلك الصفة وان اختلفا في صفته وقيمته وصفه المرتهن وحلف على ذلك وعلى ماله فيه يريد ان اختلفا في قدر الدين قال ثم يقوم بتلك الصفة فان كان في القيمة فضل أخذه الراهن وان كان نقص حلف الراهن على ما سمى و بطل عنه ما زاد على قيمة الرهن فان نكل أدى ما زاد على قيمة الرهن ووجه ذلك أن المرتهن غارم فالقول قوله فيما ينكره مما يدعيه عليه الراهن من صفة الرهن و يحلف مع ذلك على ما قابله فيه من الدين لان القول قوله في قدر الدين الى منتهى قيمة تلك الصفة فلذلك جمعت له يمينه ما يستحقه بيمينه في هذه الحكومة فان حلف فكان في القيمة فضل على الدين أدى الفضل الى الراهن وان كان في الدين فضل على القيمة حلف الراهن على ما سماه المرتهن من دينه ليسقط عن نفسه ما فضل منه على قيمة رهنه ان كان ما أقر به من الدين أقل من قيمة السلعة (مسئلة) ولو اختلفا في قيمة الرهن وصفته واتفقا في قدر الدين فقال الراهن قيمة الرهن عشرون دينارا وقال المرتهن قيمته ثلاثون دينارا واتفقا على أن الدين عشرة ففى المجموعة من رواية ابن وهب عن مالك يحلف المرتهن ما قيمته الا ثلاثة دنانير ويسقط من الحق بقدرها ومعنى ذلك أن يرجع المرتهن على الراهن بقية قدر الدين وذلك سبعة دنانير لان الراهن قد أقر أن الدين عشرة فان أثبت أن قيمة الرهن ثلاثة دنانير بيمين المرتهن أدى باقى الدين سبعة دنانير وهذا مبنى على أن الدين لا يشهد لقيمة

الرهن ووجه ذلك ان الرهن مبنى على أنه لا يراعى قيمته يوم الرهن وانما يراعى يوم يحتاج الى بيعه ولذلك يرتهن ما لا قيمة له يوم الرهن كالثمرة التى لم تؤبر وتلف الرهن قبل وقت بيعه فلذلك لم يشهد الدين بقيمته وقد روى أبو زيد فى سماعه عن أصبغ فيمن رهن رهنا بألف دينار فقضاها ثم أخرج اليه المرتهن ثوبا قيمته دينار واحد وقال الراهن رهنتك ثوبا وشيا ووصف ثوبا قيمته ألف دينار ان القول قول الراهن اذا تفاوت الأمر هكذا * قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه وهذا عندى ليس من باب شهادة الرهن وانما هو من باب أن يدعى ما لا يشبه ويدعى صاحبه ما يشبه فالقول قول مدعى ما يشبه الا أن هذا نوع من شهادة الدين للرهن والله أعلم وأحكم (مسئلة) ولو نكل المرتهن عن اليمين ففى المجموعة من رواية ابن وهب عن مالك يحلف الراهن أن قيمة رهنه عشرون دينارا ويحط عنه للدين عشرة ويأخذ عشرة بقية قيمة رهنه وروى ابن حبيب عن أصبغ مثله ووجه ذلك ما قدمناه وان أبى الراهن أن يحلف أعطى المرتهن ما فضل بعد قيمة الرهن يريد أن الراهن لما نكل عن اليمين بعد ما ردت عليه بقدر الرهن من القيمة ما أقر به المرتهن فيعطى الراهن المرتهن ما فضل من دينه عن قيمة الرهن والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله ولو قال المرتهن لا علم لى بقيمة الرهن حلف الراهن على صفته وكان ذلك اذا جاء بالأمر الذى لا يستنكر يريد أن يأتى بما يشبه من صفة ما يرهن فى مثل ذلك الدين وما يكون له من القيمة فيما يقرب منه على ما جرت عادة الناس فى الرهون وانما راعى فى ذلك الأمر الذى لا يستنكر لان المرتهن لم ينكل عن اليمين ولا ادعى الجهل بصفة الرهن على الاطلاق وانما ادعى الجهل بتحقيق الصفة على وجه يحلف عليها ويكون ذلك صفتها على حقيقتها فاذا أتى الراهن بصفة تبعد عن مقدارها عنده كان له الرجوع الى أن يصفها بصفة لا شك أنها أفضل من صفة الرهن وهى دون الصفة التى وصفها بها الراهن بكثير فيسقط عن نفسه ما يستنكره من الثمن ولو سمع وصف الراهن ثم نكل هو عن اليمين ورد اليمين عليه لكان للراهن ما حلف عليه ولم يعتبر عليه فى ذلك ما يستنكر لان المرتهن قد رضى بذلك حين رد عليه اليمين بعد العلم بتلك الصفة والله أعلم وأحكم (مسئلة) وقول مالك وذلك اذا قبض المرتهن الرهن ولم يضعه على يد غيره يريد أن المرتهن انما يضمن الرهن الذى يغاب عليه على الوجه المذكور اذا كان هو الحائز له وأما اذا كان موضوعا على يد غيره بحكم حاكم أو باتفاق الراهن والمرتهن فلا ضمان على المرتهن فى ضياعه وان لم تقم بذلك بينة وأما سائر ما تقدم من قوله فى شهادة قيمة الرهن بقدر الدين فيحتمل أن يتناوله هذا الشرط على قول أصبغ ويحتمل أن لا يتناوله على قول ابن المواز وسيأتى ذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى وفى ذلك ستة أبواب * الباب الأول فى وجوب الحيازة للرهن وكونها شرطا فى صحته أو تمامه * والباب الثانى فى صفة الحيازة وتمييزها مما ليس بحيازة * والباب الثالث فيمن يكون وضع الرهن على يده حيازة وتمييزه من غيره * والباب الرابع فيمن يوضع على يديه الرهن عند اختلاف المتراهنين * والباب الخامس فيمن يقوم بالرهن ويلى الانفاق عليه والاستغلال له * والباب السادس فى حكم العدل الذى يوضع على يده الرهن

(الباب الأول فى وجوب الحيازة للرهن وكونها شرطا فى صحته أو تمامه)

ليس من شرط الرهن السفر خلافا لمجاهد فى قوله لا يصح الرهن الا فى السفر والدليل على ما نقوله ان كل وثيقة صحت فى السفر فانها تصح فى الحضر كالكفالة ولا يتم له حكم الرهن الا بالحيازة له

قال الله تعالى فرهان مقبوضة فجعل ذلك من صفات الرهن اللازمة له وذلك بمعنى الشرط فيه فصار حكم الرهن متعلقا بالرهن المقبوض واذا أقر الرهن بيد الراهن وأشهد عليه أن لا يبيعه ولا يهبه ولم يطلبه ولم يقبض منه فليس برهن حتى يقبضه منه المرتهن أو وكيله أو من تراضيا به رواه ابن وهب عن مالك في المجموعة لان الله تعالى وصف الرهان بانها رهان مقبوضة ولا يقع اسم القبض على ما يبقى بيد الراهن وان كل ما جعلت الحيازة شرطا فيه لم يكن الا بمعنى القبض كالهبة (مسئلة) ولا يكفي من حيازته الاتفاق على الاقرار بذلك حتى تشهد البينة على معاينة ذلك قاله ابن الماجشون في الموازية والمجموعة وهو مذهب مالك وذلك ان حق الغير متعلق به حين الحاجة الى الحكم بكونه رهنا بعد موت الراهن أو فلسه وقت تعلق الغرماء به وأما قبل ذلك فلا حاجة لهما الى ذلك ولا يمتنع عليهما بصحته بكل وجه (مسئلة) ولو مات الراهن أو أفلس ووجد الرهن بيد المرتهن أو بيد الأمين الموضوع على يده ففي الموازية والمجموعة عن عبد الملك لا ينفع ذلك حتى تعلم البينة أنه حازه قبل الموت أو الفلس قال ابن المواز صواب لا ينفعه الا معاينة الحوز لها حين الارتهان ووجه ذلك انه قد وجد بيده بعد الموت أو الفلس ولما كان من شرط ثبوت حكم الرهن له قبضه وحيازته قبل تعلق حق الغرماء به لم يحكم له بذلك الا بعد ثبوت الشرط في وقته وقبل فوته * قال أبو الوليد رضي الله عنه وعندي لو ثبت انه وجد بيده قبل الموت والفلس ثم أفلس أو مات الراهن لوجب أن يحكم له بحكم الرهن والله أعلم ولعله أن يكون هذا معنى قول محمد لا ينفعه الا معاينة الحوز بمعنى كون الرهن بيده في وقت يصح فيه الحوز وظاهر اللفظ يقتضي أن لا ينفع هذا حتى يعاين تسليم الراهن له الى المرتهن على هذا الوجه وهو وجه محتمل ويتعلق به أحكام سنوردها وننبه عليها في مواضعها ان شاء الله تعالى

(الباب الثاني في صفة الحيازة وتمييزها مما ليس بحيازة)

فأول ذلك ان الرهن يلزم بمجرد القول خلافا لأبي حنيفة والشافعي في قولهما لا يلزم الا بالقبض * قال القاضي أبو محمد والدليل على ذلك قول الله تعالى فرهان مقبوضة قال فلنا من الآية دليلان أحدهما أنه قال عز من قائل فرهان مقبوضة فأثبتها رهانا قبل القبض والآخر ان قوله فرهان مقبوضة أمر لانه لو كان خبرا لم يصح أن يوجد رهن غير مقبوض ومن قولهم ان الراهن لو جن أو أغمي عليه ثم أفاق فسلم فصح فيثبت انه أمر ومن جهة القياس انه عقد وثيقة كالكفالة (مسئلة) وهل يكون من شرط صحة الحيازة للرهن أن يقبضه الحائز لذلك أم لا اختلف أصحابنا فيه ففي كتاب ابن المواز من رواية ابن القاسم عن مالك فمن اكترى دارا أو عبدا سنة أو أخذ حائطا مساقاة ثم ارتهن شيأ من ذلك قبل تمام السنة فلا يكون محوزا للرهن لانه يحوز قبل ذلك بوجه آخر وفي المجموعة قال سحنون ومذهب ابن القاسم انه يجوز أن يرتهن الرجل ما في يده باجارة أو مساقاة ويكون ذلك حيازة للمرتهن كالذي يخدم العبد ثم يتصدق به على آخر فحوز المخدم حوز للمتصدق عليه وقال القاضي أبو محمد ان رهن عينا كان غصبها قبل ذلك صح وسقط ضمان الغصب ووجه القول الاول وهو قول أبي حنيفة أن هذا رهن بقي بيد من استحق قبضه قبل الرهن فلم يكن محوزا كما لو بقي بيد الراهن ووجه القول الثاني ما تقدم من احتجاج ابن القاسم والله أعلم وأحكم (مسئلة) ومن رهن بيتا من دار بما يليه من الدار فحازه المرتهن بغلق أو كراء قال ابن حبيب عن أصبغ ان حده له نصف الدار فهو أحسن وان لم يحده ولكنه رهنه البيت بعينه ووصف الدار شائعا فحيازته للبيت تكفيه وهي

حيازة للجميع وكذلك في الصدقة يريد بقوله فحيازة المرتهن بغلق البيت ان غلقه البيت على ذلك الوجه حيازة له وسائر ما ارتهن من الدار وأما الكراء فانه يشتمل على الجميع واختار أصبغ أن يحد له ما احتازه من الدار بحدود تضرب فيه بمعنى القسمة له حتى يتميز الرهن من غيره لكنه ان حاز البيت أجزأه ذلك وهو يحتمل وجهين أحدهما ان البيت هو معظم الرهن والباقي تبع له والثاني أن يكون ذلك مبنيا على جواز حيازة المشاع مع غير الرهن ويكون معنى المسئلة بقية الدار لغير الراهن وفي العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم فيمن ارتهن الدار وفيها طريق للمسلمين يسلكها الراهن وغيره قال اذا حاز البيوت لم يضره الطريق لانه حق للناس كلهم فراعى في الحيازة البيوت دون الساحة ويحتمل ذلك ماقدمناه من أنه تبع للبيوت (مسئلة) ويجوز عند مالك رهن المشاع وبه قال الشافعي ومنع من ذلك أبو حنيفة والدليل على مانقوله ان كل ماصح قبضه بالبيع صح ارتهانه كالمقسوم (مسئلة) اذا قلنا انه يجوز رهن المشاع فلا يخلو من رهن نصف شئ أن يكون باقيه له أو لغيره فان كان لغيره ففي كتاب ابن المواز لأشهب من كان له نصف عبد أو نصف دابة أو ماينقل ويحول كالثوب والسيف لم يجز له أن يرهن حصته الا باذن شريكه وكذلك كل مالا ينقسم لان ذلك يمنع صاحبه بيع نصيبه فان لم يأذن له انتقض الرهن فان أذن له جاز ذلك ثم لا رجوع له فيه ولا له بيعه الا بشرط أن يبقى جميعه بيد المرتهن الى الأجل وكذلك لو كان جميعه على يد الشريك فأراد الشريك بيع نصيبه على أن يكون جميعه بيده الى الأجل جاز ولا يفسد ذلك البيع وان لم يكن بقرب الأجل لانه باع مايقدر على تسليمه كالثوب في الغائب * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه وهذا عندي لا يمنع ماذكر لان رهن نصيب منه لا يمنعه من بيع نصيبه ان شاء بان يفرده بالبيع أو بان يدعو الراهن الى بيع حصته معه على الوجه الذي كان له ذلك قبل الرهن فان باعه بغير جنس الدين كان الثمن رهنا فان كان بجنس الدين قضى منه دينه ان لم يأت برهن بدل منه قال أشهب في المجموعة الا أن يحتمل ذلك القسمة فيقسم وتصير حصة الراهن بيد المرتهن أو بيد أمين (مسئلة) واذا قلنا بجواز ذلك باذن الشريك أو بغير اذنه فان الحوز فيه يكون عند ابن القاسم بان يحل المرتهن فيه محل الراهن وقال أشهب وعبد الملك لا يتم فيه الحوز الا بأن يجعل جميعه على يدى الشريك قال أشهب أو غيره أو بيد المرتهن وجه قول ابن القاسم ان هذا رهن لجزء مشاع فجاز أن يحاز بان يحل المرتهن فيه محل الراهن مع شريكه كالدار والحمام وقد جوز ذلك أشهب وعبد الملك في الدار والحمام وذكر ذلك عنهما ابن المواز وابن عبدوس وقالا وهذه حيازة مالا يزال به (مسئلة) ولو رهنه عبدا أو ثوبا فان حيازته قبض المرتهن أو العدل لجميعه فان استحق نصفه ففي المواز يةوالمجموعة عن أشهب هو على ماتقدم ان شاء المستحق أن يكون جميعه بيد المرتهن فهو جائز وان منع من ذلك وكان واحدا لا ينقسم بيع فأخذ المرتهن ثمن مال الراهن يتعجله من دينه ان كان من جنس دينه وان كان من غير جنسه مثل أن يكون دينه دراهم فيباع بدنانير أو يكون دينه دنانير فيباع بدراهم وقف رهنا الى الأجل قال ولو رهنك النصف ثم أراد بيع النصف الثاني لم يكن له ذلك حتى يحل الأجل على ماتقدم ومذهب ابن القاسم انه يجوز أن يبقى الرهن الى أجله ويحوز المرتهن منه النصف الثاني مع المستحق لنصفه وهو معنى قوله في المدونة

(فصل) فان كان جميع الرهن للراهن فرهن نصفه فانه لا يصح الرهن مع بقاء شئ من العبد بيد الراهن وانما يصح أن يسلم جميعه الى المرتهن أو الى العدل (مسئلة) وأما مالا ينقل ولا يحول

كالدور والأرضين والرباع فانه ان رهنه نصف دار له جميعها جاز ذلك قال في كتاب ابن المواز فيقوم بذلك المرتهن مع الراهن يكريانه جميعا أو يحوزانه أو يضعانه على يدي غيرهما وفي المجموعة لابن القاسم عن مالك ان قبضه أنه يحوزه دون صاحبه وهذا ان أشار به الى الجزء الذي ارتهن فوافق لما في كتاب ابن المواز وان أشار به الى جميع ما رهن بعضه فخالف له وقد قال أشهب في المجموعة لا حيازة فيه الا بقبضه كله على يد المرتهن أو يد عدل ووجه القول الاول ان ما صح أن يكون حيازة في الهبة صح أن يكون حيازة في الرهن كقبض الكل ووجه القول الثاني ان الهبة لما كانت لا يطرأ عليها الفساد بعد تمامها بالحيازة جاز أن يكفي فيها من الحيازة قبض الحصة الموهوبة والرهن بخلاف ذلك لانه يطرأ عليه الفساد بعد تمامه بالحيازة فلم تصح حيازته الا بمنع الراهن منه جملة (فرع) ولو رهن رجل حصة من دار ثم اكترى من شريكه حصته لم يبطل ذلك الرهن في الحصة التي رهن وللمرتهن منعه من سكنى الحصة التي اكترى حتى يقاسمه فيحوز حصة الرهن قاله ابن القاسم وزاد أشهب ويمنعه القيام بالحصة التي اكترى حتى يجعل ما اكترى من ذلك على يد المرتهن بيده ليتم الحوز ووجه ذلك ان ملكه لمنافع حصته من الدار لا يمنع من صحة حيازة الرهن كما لم يمنع من ذلك ملكه لمنافع الرهن وانما يمنع من ذلك سكناه اياه وتصرفه فيه لان هذا لو فعله في حصة الرهن لأبطل حيازته (مسئلة) ومن صحة حيازة الرهن أن تتصل حيازته على الوجه الذي ذكرناه فان أحدث الراهن فيه حدثا قبل أن يقبضه المرتهن فكل ما فعل فيه من بيع أو وطء أو عتق أو هبة أو صدقة أو عطية أو غير ذلك نافذ ان كان مليا وان كان معسرا لم ينفذ منه الا أن تحمل الأمة أو يبيعها رواه عيسى عن ابن القاسم في العتبية قال ولو قام المرتهن بطلب حيازة الرهن قبل أن يفلس الراهن أو يحدث ما ذكرناه قضي له بذلك وقال أبو حنيفة ينفذ عتقه موسرا كان أو معسرا وللشافعي فيه قولان أحدهما مثل قول أبي حنيفة والثاني مثل قولنا فان حازه المرتهن على يده أو بيد عدل ثم رجع الى الراهن باذن المرتهن باجارة أو مساقاة أو وديعة أو بغير ذلك فقد قال ابن القاسم وأشهب في الموازية وغيرها قد خرج من الرهن قال ابن القاسم ولو أذن له في سكنى الدار لخرجت عن الرهن قال هو وأشهب ولو أذن له في زراعة الأرض فزرعها وهي بيد المرتهن فقد خرجت عن الرهن خلافا للشافعي ووجه ذلك انه قد عدمت الصفة التي هي شرط في صحة كونه رهنا وهي الحيازة (فرع) ولو مات الراهن فأكرى المرتهن الرهن بعد ان حازه في حياته من بعض ورثته لم يخرج بذلك عن الرهن رواه ابن المواز عن ابن الماجشون ووجه ذلك ان الرهن لم يرجع الى الراهن لان الدين لم ينتقل الى ذمم الورثة (فرع) فان وقع من ذلك ما يبطل الحيازة ثم قام المرتهن يريد رد ذلك ليصح رهنه فقد روى ابن المواز وابن عبدوس عن أشهب له ذلك الا أن يفوت بتحبيس أو عتق أو تدبير أو غيره أو قيام غرمائه وقال ابن القاسم الا في العارية الا أن يكون أعاره على ذلك وقاله أشهب في كتاب ابن المواز في العارية وقال بعض القرويين انما فرق ابن القاسم بينهما اذا كانت العارية مؤجلة فليس له ارتجاع الرهن بعد أن يعيره الا أن يعيره على ذلك ولو كانت العارية غير مؤجلة لكان له أن يأخذ الرهن بعد الأجل كالاجارة وروى ابن حبيب عن أصبغ عن ابن القاسم ان من جعل على يديه اذا أكراه من الراهن بعلم المرتهن فقد خرج عن الرهن وان سكت حين علم بذلك خرج عن الرهن ولو أكراه باذنه أو ترك الفسخ حين أعلم بذلك وقد أكراه بغير اذنه ثم أراد أن يفسخ ذلك فليس له ذلك ووجه قول أشهب ان تأخر قبض

الرهن لايمنع تلافيه قبل فوته كالو ترك قبضه وقت الرهن ثم قام يريد قبضه قبل فوته فان ذلك له
و وجه قول ابن القاسم ان القبض الواجب لحق الرهن قد وجب أولا فاذا رده فقد ترك حقه ورده
فلا رجوع له فيه (فرع) فان فات قبل الارتجاع بعتق أو تحبيس أو ما أشبه ذلك والراهن عديم
رد لعدمه ولا يرد البيع ولا يعجل من ثمنه الدين ولا يوضع له الثمن لأنه قد رده كما لو باعه قبل حيازة
المرتهن قاله أشهب في الموازية

(فصل) وهذا في حيازة الاعيان وأما الديون فارتهانها جائز قاله مالك ولا يخلو أن يكون دين له
ذكر حق أو دين لا ذكر له فان كان دين له ذكر حق فحيازته أن يدفع اليه ذكر الحق ويشهد له به
فهذا جوز أن يكون أحق به من الغرماء في الموت والفلس قاله مالك في الموازية ووجه ذلك ان
هذا غاية ما يمكن في حيازته (مسئلة) وان لم يكن للدين ذكر حق فهل يجزىء فيه الاشهاد قال
ابن القاسم في المجموعة ان لم يكن فيه ذكر حق فاشهد فلا بأس بذلك ونحوه عن مالك وقال ابن القاسم
أيضا اذا لم يكن فيه ذكر حق لم يجز الا ان يجمع بينهما واذا كان فيه ذكر حق جاز ذلك وهو ظاهر
قول مالك في الموازية وجه القول الاول ان الاشهاد أقوى من الجمع بينهما وهو غاية ما يتوثق به
ويصرف به المال الى الموهوب له وأما الجمع بينهما فليس فيه أكثر من اعلام الذى عليه الحق ولا
اعتبار برضاه في ذلك فلا معنى لاعلامه على معنى الاشهاد (مسئلة) واذا كان الدين للراهن على
المرتهن فان كان أجل الدين الى مثل أجل الذى رهن به أو أبعد منه جاز ذلك وان كان أجل الدين
الذى رهن به أقرب لم يجز ذلك لان بقاء الرهن بعد محله رهنا كالسلف فصار في البيع بيعا وسلفا الا
أن يجعل ذلك بيد عدل الى محل أجل الدين الذى رهن به وهذا تفسير قول مالك في العتبية وغيرها
ووجه ذلك ان الدين الذى هو الرهن اذا حل الاجل وكان الاجل الى شهر ثم اشترى سلعة يريد الى
شهرين على أن يؤخر بدينه الحال أو المؤجل الى شهر أو شهرين فهو بيع وسلف ولو كان الرهن
الى شهرين فاشترى سلعة الى شهر فانه جائز لا يقضى دينه عند انقضاء أجله ويبقى الدين الذى هو
الرهن الى أجله وان احتيج الى بيعه بيع على ما بقي من أجله وليس في ذلك وجه من وجوه الفساد
(مسئلة) ومن تسلف من امرأته دراهم ورهنها بها خادما قال ابن القاسم في الموازية والعتبية
أحب الي أو جعلاه بيد غيرهما وقال في موضع آخر لا يكون ذلك رهنا وقال أصبغ في الموازية
ذلك حوز لها وكذلك كل ما في البيت الا رقبة البيت فلا يكون سكناها فيها حوزا ويصح أن يكون
قولهما مبنيا على صحة اختيار الزوجة ما رهنه الزوج أو منع ذلك وسيأتي ذكره بعد هذا ان شاء الله
تعالى ويصح أن يكون مبنيا على ان خدمة الزوجة مستحقة على الزوج والمنزل منزل الزوج فلا يصار
[illegible] ابن القاسم عنه [illegible] كان فيه بخلاف ما تقدم لأصبغ والله أعلم

(الباب الثالث فيمن يصح وضع الرهن على يده)

فاذا كان [illegible] فارتهن منهما رهنا بدين على اليتيم فوضع على يد أحدهما ففي كتاب ابن المواز
عن عبد الملك لا يتم فيه الحوز لان الولاية لهما ولا يحوز المرء على نفسه (مسئلة) ومن ارتهن
حائطا فجعل على يد المساقي فيه أو الاجير فليس برهن حتى يجعل على يد غير من في الحائط وليجعل
المرتهن مع المساقي رجلا يستخلفه أو يجعله على يد من يرضيان به رواه ابن القاسم عن مالك في
الموازيه وقال عبد الملك في المجموعة ان كان رهن نصفه لم يجز ذلك في الأجير والقيم وان كان رهن
جميعه فهو جائز وجه القول الاول ان المساقي والاجير لما كانا عاملين للراهن كانت أيديهما له فلا

تصح الحيازة مع بقاء الرهن بيد الراهن أو بيد من يقوم مقامه كما لو رهن نصف الحائط و وجه القول الثاني ان يد الاجير انما نابت عن يد الراهن بأمره فاذا بقي له أمر في بقائه بيده لبقاء بعضه غير مرهون لم يجز ذلك لأنه لا يكون حائزا محوزا منه وان لم يبق له فيه شيء فقد زالت يد الاجير عن جميع الرهن بالامر الاول وصار الرهن بيده لمعنى آخر (مسئلة) وهل يصح ان يوضع الرهن على يد غير الراهن ففي المجموعة عن عبد الملك اذا وضع الرهن على يد قيم ربه من عبده أو أجيره أو مكاتبه فان كان شيأ يرهن بعضه فليس بحوز وان رهن جميعه فذلك حيازة الا في عبده قال وحوز العبد من سيده الرهن ليس بحوز كان مأذونا له في التجارة أو غير مأذون وجه ذلك ان يد العبد لسيده ولا يصح ان يكون الرهن محوزا مع بقائه بيد الراهن (مسئلة) وأما وضع الرهن بيد زوجة الراهن ففي كتاب ابن المواز عن أصبغ انه ان حيز الرهن بذلك عن راهنه حتى لا يلي عليه ولا يقضي فيه فهو رهن ثابت وقال ابن القاسم في المجموعة يفسخ ذلك ونحوه عنه في العتبية والموازية وجه قول أصبغ ان الزوجة تحوز لنفسها عنه فكذلك يجوز أن تحوز لغيرها و وجه قول ابن القاسم أن المرأة للزوج عليها نوع من الحجر ولذلك هي ممنوعة فيما زاد على الثلث فلم تحز الرهن على الزوج كعبده و ولده الصغير (مسئلة) وأما وضع الرهن بيد أخي الراهن ففي العتبية والموازية عن ابن القاسم لا ينبغي أن يوضع الرهن على يد أخي الراهن وذلك لضعفه وقال ابن القاسم في المجموعة أما في الاخ فذلك رهن تام وجه القول الاول ان الرهن مبني على منافاة تصرف الراهن والمعتاد من حال الاخ أن لا يمنع أخاه من مثل هذا فلذلك ضعفت حيازته ووجه القول الثاني وهو الصحيح انه مالك لنفسه بائن عنه بملكه فاشبه الأجنبي (مسئلة) وأما وضع الرهن على يد ابن الراهن فلا خلاف في المذهب انه ان كان الابن في حجره ان ذلك غير جائز وأما الابن المالك لأمر نفسه البائن عن أبيه ففي العتبية والموازية عن ابن القاسم لا ينبغي أن يوضع على يد ابنه وقال في المجموعة ان وضع على يده فسخ وقال سحنون في العتبية هذا في الصغير وأما الكبير البائن عنه فانه جائز ورواه ابن وهب عن ابن الماجشون في الابن والبنت وتوجيه ذلك مبني على ما تقدم والله أعلم

(الباب الرابع فيمن يوضع على يديه الرهن عند اختلاف المتراهنين)

فانه اذا شرط المرتهن كون الرهن على يديه جاز ذلك ان كان مما يعرف بعينه كالدور والعقار والحيوان والثياب وغير ذلك مما لا يكال ولا يوزن فأما الدنانير والدراهم فلا يجوز ذلك فيها لجواز أن ينتفع بها فيرد مثلها وقال أشهب في المجموعة لا أحب ارتهان الدنانير والدراهم والفلوس الا مطبوعة للتهمة في سلفها فان لم تطبع لم يفسد الرهن ولا البيع ويستقبل طبعها متى عثر على ذلك وهذا اذا كان على يد المرتهن دون الأمين وما أرى ذلك في الطعام والادام وما لا يعرف بعينه لانه لا يكاد يخفى التصرف فيه و يخفى في العين فالتهمة فيه أبين والذي في المدونة في الدنانير والدراهم والفلوس انه يجوز ارتهانها اذا طبع عليها والا فلا قال وكذلك الحنطة والشعير وجميع ما يكال أو يوزن اذا طبع عليها وحيل بين المرتهن وبين الانتفاع به قال لان الطعام يؤكل والعين تنفق ويؤتى بمثلها والثياب والحلي لا يؤتى بمثلها لانها معينة والله أعلم (مسئلة) وان شرط كونها على يد أمين لزمهما ذلك أيضا ولا يحتاج أن يطبع منها على ما لا يعرف بعينه وهو مذهب ابن القاسم وأشهب فان لم يشترطا شيأ فقد قال محمد بن عبد الحكم انهما اذا اختصما في ذلك قيل لهما اجعلاه على يد من رضيتما فان لم يجتمعا على الرضى بأحد جعله القاضي عند من يرضاه ووجه ذلك انهما اذا اشترطا من يوضع على يده لزمهما ذلك

واذا لم يشترطاه ورضيا به جاز ذلك لان الحق فى ذلك لم يخرج عنهما ولزمهما من رضيا به بعد عقد الرهن كما لزمهما عند عقد الرهن واذا لم يكن شئ من ذلك فان النظر فى ذلك من الاختلاف عائد الى الحكم كمال اليتيم لا ولى له أو مال الغائب لا وكيل له ولا يلزم المرتهن أن يوضع ذلك على يده اذا أباه قال لانه يريد أن يزيل عن نفسه ضمانه والله أعلم (مسئلة) فان مات الأمين فأوصى الى رجل لم يكن الرهن على يده ولكن على يد من يرضى المتراهنان به قال ابن القاسم فى المدونة قال أشهب فى المجموعة وعلى الوصى أن يعلمهما بموته ثم ان شاء اقراره عنده أو عند غيره فان اختلفا فيه وفى غيره جعل بيد أفضل الرجلين

(الباب الخامس فيمن يلى الرهن ويقوم به من الانفاق عليه والاستغلال له)

روى ابن حبيب عن ابن الماجشون ان المرتهن يلى كراء الرهن وأحب الى أن يستأمر الراهن ان حضر فان لم يأمره مضى ذلك وقال ابن القاسم للمرتهن أن يكرى الرهن بغير اذن الراهن علم أو لم يعلم وقال ابن القاسم وأشهب فى المجموعة ان لم يأمره الراهن بالكراء فليس له ذلك وفى العتبية من سماع ابن القاسم عن مالك ان المرتهن يلى كراء الرهن باذن الراهن وكذلك من وضع على يده يلى ذلك باذن الراهن وجه القول الأول ان عقد الرهن ووضعه بيد المرتهن يقتضى أن يلى كراءه لان الراهن ليس له ذلك لان توليه يخرجه عن الرهن ولا يجوز أن ينعقد الرهن على تضييع الغلة فاقتضى عقد الرهن ان يلى كراءه من وضع على يده ووجه القول الثانى ان عقد الراهن لا يقتضى حفظ المرتهن للعين التى رهنها وانما يكون ذلك للمرتهن باذن الراهن فاذا أذن له فى حفظه لم يكن له أيضا أن يلى كراءه واستغلاله الا باذنه وانما له بعقد الرهن منع الراهن من القيام بذلك كما له بعقد الرهن منع الراهن من القيام بحفظ الرهن (مسئلة) وليس للمرتهن أن يحابى فى كراء الرهن فان حابى ضمن المحاباة وقضى الكراء رواه ابن حبيب عن ابن الماجشون ووجه ذلك ان عقد الكراء اليه فاذا عقده لزمه وعليه أن يستوفى الكراء فان حابى بشئ منه فهو هبة منه للمكترى فعليه ضمان ذلك القدر الذى حابى به لان الراهن صار كالمحجور عليه فى كراء الرهن يلزمه فعل من وضع على يده فيه من العقد وله الرجوع بما حابى فيه من قيمة منفعته (مسئلة) فان أراد الراهن أن يعجل الدين ويفسخ الكراء فان كان الكراء بلا وجيبة لم يكن له فسخه وان كان بوجيبة فللراهن فسخه وان كان أجله دون أجل الدين رواه ابن حبيب عن ابن الماجشون وقال أصبغ ان كانت وجيبة الى أجل الدين أو دون فليس للراهن فسخه وان كانت أبعد من أجل الدين فله فسخ ما زاد عليه اذا حل الأجل وانما فرق ابن الماجشون بين الوجيبة وغيرها لان عقد الكراء اذا انعقد على معين يتقدر بنفسه لم ينفسخ بفوات زمان وان أغلق بزمان معين وقدر بزمان انفسخ بفوات ذلك الزمان وجه قول أصبغ أن الكراء على اللزوم فاذا لزم ما تقدر منه بالعمل فيما لا مضرة فيه على الراهن أو استدام بقاء الدين الى أجله فكذلك ما تقدر منه بالزمان قال أصبغ ولو كان الدين حالا لم أر له أن يكرى بها بوجيبة طويلة جدا فان فعل لم يلزم الراهن اذا عجل الدين (مسئلة) فاذا ترك المرتهن أن يكرى الدار حتى حل الأجل فان كانت من الدور التى لها قدر كدور مكة ومصر أو كان العبد نبيلا ارتفع ثمنه لخراجه فيده لا يكريه فهو ضامن لأجر مثله واذا لم يكن له كبير كراء ومثله قد يكرى ولا يكرى لم يضمنه قاله ابن حبيب عن ابن الماجشون قال أصبغ لا يضمن فى الوجهين وكذلك الوكيل على الكراء يترك ذلك لم يضمن وجه قول ابن الماجشون ان الراهن محجور عليه فى كراء داره

وربعه الذى رهنه وذلك للمرتهن الذى هو بيده فاذا ضيعه لزمه ما ضيع وتعدى بتركه وجه قول أصبغ انه كالوكيل الذى ليس له فعل الا باذن الموكل فلا يلزمه ضمان شئ من ذلك (مسئلة) ولو أكرى الراهن الدار بأمر المرتهن خرجت من الرهن قال ابن المواز اتفق على ذلك ابن القاسم وأشهب ولكن يكريه المرتهن بأمر الراهن قال ابن القاسم وكذلك العارية وقال أشهب ان اعاره المرتهن بأمر الراهن خرج من الرهن * قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه ووجه ذلك عندى أن يليه المكترى ويدخل معه فيه حتى يصير فى حكم ما هو فى يده وقد قال فى المدونة انما قلت ان بيع الرهن باذن المرتهن لا يبطل الرهن اذا باعه فى يد المرتهن ولو دفعه اليه يبيعه لنقض رهنه فى قول مالك وقال يجوز ان ارتهن حصة المرتهن من جملة هذا الطعام فان أراد شريكه قسمته فان كان الراهن حاضرا أمر أن يحضر فيقاسم شريكه والرهن كما هو بيده فهذا وجه ذلك والله أعلم وأحكم ويحتمل الوجه الآخر انه محجور عليه فى التصرف فيه فعلى هذا انما يكون بيعه ومقاسمته بمعنى الاذن فيه ومباشرة المرتهن له ويحتمل عندى أن يفرق بينهما بأن المكترى يده يد من اكراه منه فاذا باشر الراهن الكراء فقبضه المكترى انتقض بذلك الرهن لانه قد قبضه الراهن واذا باشر ذلك المرتهن فانتقل بكرائه الى المكترى فلم يخرج عن يده فبقى على حكم الرهن ولذلك قال ابن القاسم وأشهب ان أعاره المرتهن بأمر الراهن خرج من الرهن ومعنى ذلك ان يد المستعير يد المعير وأما فى البيع فان باعه الراهن وهو فى يد المرتهن انتقل الى يد المشترى وقبض المرتهن الثمن فلم يخرج بذلك عن حكم الرهن وكذلك قسمة الطعام لا تنقل الرهن فى شئ من ذلك الى يد الراهن ولا الى من يده فى حكم يد الراهن وانما يبقى بيد المرتهن فلذلك جاز (مسئلة) واذا كان الكرم رهنا بيد عدل فأتى ربه بحفار يحفره ففى العتبية قال سحنون ولا يحضر حفره ولا يأتى بحفار وانما يأتى به المرتهن وهو يأمر بالحفر ومن حيث بدأ أو كذلك حرث الارض فهذا وجه ما تقدم والله أعلم وأحكم (مسئلة) وعمل الحائط على المرتهن ومرمة الدار ونفقة العبد وكسوته على الراهن دون المرتهن رواه عيسى عن ابن القاسم فى العتبية ووجه ذلك أن المالك الراهن دون المرتهن فعليه أن ينفق وليس له أن يترك الرهن يخرب ويفسد (مسئلة) واذا غورت البئر المرتهنة فعلى الراهن اصلاحها رواه يحيى بن يحيى عن ابن القاسم فى العتبية ومعناه فى المدونة واذا [illegible] المرتهن خراج الارض المرتهنة فان كانت من أرض الخراج رجع على صاحب الارض وان لم تكن من أرض الخراج لم يرجع عليه بشئ لانها مظلمة وكذا اختزان الرهن ان كان مما يختزن على الراهن وان كان مما لا يختزن على الراهن مثله فى العادة كالثوب والعبد فلا كراء فيه رواه عيسى عن ابن القاسم فى العتبية وأما الرهن يحل بيعه بحيث لا سلطان به ولا يوجد [illegible] الا بجعل فقد روى عيسى وأصبغ عن ابن القاسم ان الجعل على من طلب البيع قال عيسى وما أرى الجعل الا على الراهن ووجه ذلك ان على الراهن صرف الرهن الى [illegible] فيجب أن يكون [illegible] صرف ذلك عليه واذا ابق العبد المرتهن [illegible] ووجه ذلك ان هذا من مؤنته وذلك لازم لمالكه دون مرتهنه (مسئلة) واذا [illegible] على الرهن بأمر الراهن فهو سلف ولا يكون فى الرهن الا [illegible] كالضالة ينفق عليها فيكون عنده اللذى أولى بها من الغرماء حتى يستوفى نفقته لانه لا بد [illegible] عليها وليس عليه ذلك فى الرهن لانه يطلب الراهن أن يرفع ذلك الى الامام فى غيبته قاله ابن القاسم قال أشهب [illegible] الضالة والرهن بها رهن وليس للراهن منعه

من ذلك لان الرهن يهلك ان كان حيوانا او يخرب ان كان ربعا (مسئلة) وهل يلزم الراهن الانفاق وان كان موسرا ففي المدونة من ارتهن زرعا أو ثمرة لم يبد صلاحها فانهارت بئرها وأبى الراهن أن ينفق عليها فليس للمرتهن أن ينفق عليها و يرجع بما أنفق عليها ولكن يكون ما أنفق في رقاب النخل حتى يستوفيه و يبدأ بما أنفق قبل الدين وروى عن ابن القاسم في المختصر من غير المدونة ان الراهن يجبر على الاصلاح ان كان مليا وجه القول الاول ان العين التي ارتهنها قد تغيرت فليس على الراهن بدلها كالو مات الحيوان ان لم يكن عليه أن يأتي ببدله ووجه القول الثاني ان هذه نفقة يحيا بها الرهن فلزمت الراهن كنفقة الرقيق (مسئلة) واذا حل أجل الدين ولم يقض الراهن الدين فلا يخلو أن يكون عرا الرهن عن شرط أو يكون جعل الراهن بيعه لمن هو بيده فان لم يكن في ذلك شرط فليس لمن هو بيده بيعه و يرفع ذلك الى السلطان قاله مالك في المدونة قال ابن القاسم في غير المدونة فان باعه رد بيعه قال ولا يبيعه الا ربه أو السلطان وجه ذلك انه غير محجور عليه فلا يلي أحد بيع ماله الا أن يأبى من الحق فيبيعه عليه السلطان (مسئلة) فان كان شرط له بيعه عند الأجل ففي المدونة انه ان كان الراهن قد شرط ان لم يأت بالدين الى الأجل والذي هو بيده مسلط على بيعه فان مالكا قال لا يبيعه الا بأمر السلطان زاد ابن القاسم عن مالك في العتبية وغيرها كان على يد المرتهن أو بيد غيره وشرط ذلك فلا يفعل وشدد فيه وروى عبد الرحمن بن دينار عن ابن نافع ما أرى بيعه جائزا الا بأمر السلطان وان شرط ذلك وقال عيسى قال ابن القاسم مثله و بهذا قال الشافعي انه لا يصح توكيله على بيعه وحكى القاضي أبو محمد عن المذهب أنه يكره و يصح كالوكالة قال ابن القاسم و بلغني عن مالك انه قال فان باعه نفذ البيع ولم يرد فات أو لم يفت كان له بال أو لم يكن اذا أصاب وجه البيع لانه بيع باذن ربه وروى ابن المواز عن أصبغ عن ابن القاسم انه قال يمضي ذلك الا أن يكون مما له بال كالدور والأرضين والرقيق والحيوان وماله بال في القدر أيضا فيرد ان لم يفت فان فات أمضى الا ان يعلم له صفة تساوي أكثر مما بيع به فيضمن الفضل قال و بلغني ذلك عن مالك وقال أشهب في الموازية والمجموعة أما القصب والقثاء وما يباع من الامر اليسير اذا مضى فليبع بمحضر قوم كما شرط وأما الرقيق والدور والذار فلا بد من السلطان وقال أشهب وهذا بموضع السلطان وأما بلد لا سلطان بدفيه أو سلطان يعسر تناوله فبيعه جائز اذا صح وأمن الغرر وذكر الشيخ أبو القاسم هذه الرواية على غير هذا فحكى عن المذهب انه اذا كان اشتراء القصب ونحوه مما لا يبقى مثله أو ينقص ببقائه فللمرتهن الموكل على البيع بيعه وان كان عرضا أو ربعا اتكثر قيمته ولا يخشى بقاؤه فقد كره له بيعه الا باذن الحاكم اذا غاب ربه وقال أشهب لا بأس ببيع البيع وغيره وجه القول بمنع البيع انه بائع بسبب نفسه فتقوى فيه التهمة ووجه القول الثاني ان كل من يصح توكيله على بيع غير الرهن صح توكيله على بيع الرهن كالأجنبي (فرع) واذا أراد الراهن فسخ وكالة الوكيل فقد حكى الشيخ أبو القاسم والقاضي أبو محمد عن المذهب ليس له ذلك الا باذن المرتهن وقال القاضي أبو اسحق له ذلك و به قال الشافعي وجه القول الاول ان هذه وكالة اذا شرطت في العقد صارت من موجباته فلم يكن للراهن فسخها كسائر الرهن وجه الرواية الثانية انه عقد وكالة فلم يلزم بالعقد كسائر الوكالات (مسئلة) و بيع الرهن مختلف قال ابن عبدوس اذا أمر الامام ببيع الرهن فاما اليسير الثمن فيباع في مجلس وما كان أكثر منه ففي الأيام وما كان أكثر منه ففي أكثر من ذلك وأما الخادم الفارهة والدار والمنزل والثوب الرفيع وقدر ذلك حتى

يشهر ويسعر به ورعا نودى على السلعة الشهرين والثلاثة وكل شئ بقدره (مسئلة) واذا أمر الامام ببيع الرهن بغير العين من عرض أو طعام فقد قال ابن القاسم فى الموازية لا يجوز ذلك وقال أشهب ان باعه بمثل ما عليه ولم يكن فيه فضل فذلك جائز وان كان فيه فضل لم يجز بيع تلك الفضلة والمشترى بالخيار فيما بقى ان شاء تمسك وان شاء رد لما فيه من الشركة وان باعه بغير ما عليه لم يجز

﴿ القضاء فى الرهن يكون بين الرجلين ﴾

ص ﴿ قال يحيى سمعت مالكا يقول فى الرجلين يكون لهما رهن بينهما فيقوم أحدهما ببيع رهنه وقد كان الآخر انظره بحقه سنة قال ان كان يقدر على أن يقسم الرهن فلا ينقص حق الذى انظره بحقه بيع له نصف الرهن الذى كان بينهما فاوفى حقه وان خيف أن ينقص حقه بيع الرهن كله فأعطى الذى قام ببيع رهنه حصته من ذلك فان طابت نفس الذى انظره بحقه لم يدفع نصف الثمن الى الراهن والا حلف المرتهن انه ما أنظره الا ليوقف لى رهنى على هيئته ثم أعطى حقه ﴾ ش وهذا على حسب ما قال ان الرجلين يصح أن يرتهنا رهنا من رجل فان رضى الراهن أن يكون بيد أحدهما فذلك جائز ويضمن حصته منه وهو فى باقيه أمين يضمنه الراهن قال ذلك ابن القاسم وأشهب زاد أشهب فى المجموعة فان لم يتراضيا بكونه بيد أحدهما جعل بيد أمين ولا يضمنانه قال ابن القاسم وأشهب وان قبضاه من الراهن ولم يجعلاه بيد أحدهما ضمناه وان جعلاه بيد أمين وجه ذلك انه انما أسلمه اليهما فان انفرد أحدهما بعد ذلك بقبضه أو اتفقا على وضعه عند من شاآ فقد تعديا فيه وجعلاه عند من لم يأذن لهما فيه والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله فى الرجلين اذا ارتهنا رهنا بحق لهما ذلك يكون على وجهين أحدهما ان يرتهناه فى وقت واحد والثانى ان يرتهن أحدهما فضل الآخر ومسئلة الكتاب تقتضى انهما ارتهناه معا ولو ارتهنا رهنا بدين لهما على رجل فانظره أحدهما بحقه سنة وقام الآخر يطلب تعجيل حقه فان كان الرهن لا تنقص قيمته بالقسمة قال فى الأصل ان لم تنقص قسمته حق الذى انظره بحقه بيع وفى المجموعة من رواية ابن القاسم عن مالك وهو فى الموازية والعتبية من رواية عيسى وأبى زيد عن ابن القاسم ان قدر على قسم الرهن بما لا ينقص به حق القائم بحقه قسم فبيع لهذا نصفه فى حقه * قال أبو الوليد رضى الله عنه وعندى انما راعى فى ذلك ادخال القسمة النقص فى قيمة الرهن واذا دخل النقص فى أحد القسمين فلا بد من أن يدخل فى الآخر فتارة أظهر مراعاة حق القائم وتارة أظهر مراعاة حق الآخر والمعنى فيهما واحد لا سيما وقد ثبت فى المسئلة أن الرهن بينهما بنصفين وقد زاد فى المجموعة والعتبية ان دينهما سواء فاذا بيع نصف الرهن فكان ثمنه قدر الدين قبضه القائم فى حقه وان قصر عن الدين طلبه ببقية دينه ولم يكن له أن يباع شئ من بقية الرهن لتعلق حق صاحبه به وبقى الى الأجل الذى أنظره وان لم يكن فيه فضل عن دين الذى أنظره ولو كان فيه فضل عن دينه فقد روى عيسى عن ابن القاسم فيمن رهن عبدا أو دارا فى دين مؤجل فقام عليه غريم آخر قال الشيخ أبو محمد يريد وهو معسر فان كان فى الرهن فضل عما رهن به بيع فقضى المرتهن حقه معجلا وقضى الغريم الآخر وان لم يكن فيه فضل لم يبع حتى يحل أجل المرتهن فعلى هذا لا تباع حصة الذى تأجل دينه بما بقى من دين الذى تعجل الا أن يكون فيها فضل عن دين صاحبه وأما ان كان فى حصة الذى تعجل فقد عن دينه فانما يباع منه عندى بقدر الدين المعجل ولا يكون ما فضل عن الدين رهنا ويدفع

﴿ القضاء فى الرهن يكون بين الرجلين ﴾
* قال يحيى سمعت مالكا يقول فى الرجلين يكون لهما رهن بينهما فيقوم أحدهما ببيع رهنه وقد كان الآخر أنظره بحقه سنة قال ان كان يقدر على أن يقسم الرهن ولا ينقص حق الذى أنظر بحقه بيع له نصف الرهن الذى كان بينهما فأوفى حقه وان خيف أن ينقص حقه بيع الرهن كله فأعطى الذى قام ببيع رهنه حصته من ذلك فان طاب نفس الذى أنظره بحقه أن يدفع نصف الثمن الى الراهن والا حلف المرتهن انه ما أنظره الا ليوقف لى رهنى على هيئته ثم أعطى حقه

الى الراهن لانه انما رهن كل واحد منهما نصف ذلك الرهن فلا دخول للآخر فيه والله أعلم وأحكم
(فصل) وقوله فان خيف أن ينقص حقه بيع الرهن كله فأعطى الذى قام ببيع رهنه من ذلك أضاف الرهن الى المرتهن لما كان له ثمنه وكان بيده وقال ان الرهن كله يباع و يعطى من ذلك ولم يبين قدر ما يعطى ولا يبين أى قدر يعطى وقد بين ذلك فى المجموعة من رواية ابن القاسم عن مالك فقال ابن القاسم ان القائم يأخذ من نصفه حقه يريد انه لا سبيل له الى النصف الذى هو حصة الذى أنظره من الرهن وانما يأخذ دينه من النصف الذى ارتهن وقد تقدم ذكر ذلك
(فصل) وقوله فان طابت نفس الذى أنظره بحقه دفع نصف الثمن الى الراهن والا حلف ما أنظرته الا ليوقف لى رهنى يريد أنه ان أراد المرتهن أن يدفع الى الراهن ثمن نصف الرهن وهو الذى كان ارتهنه المؤجل بالدين جاز ذلك لانه رهن قد طابت نفسه برده الى الراهن وينظره مع ذلك بدينه وان أبى من ذلك حلف يريد انه ما أخره الا ليبقى الرهن وثيقة بحقه ثم يقتضى من ثمن حصته من الرهن دينه وهذا اذا بيع الرهن بمثل ماله من الدين وكان الدين عينا فان بيع بعين مخالف للعين الذى له فقد قال أشهب فى العتبية والموازية فى الرهن يستحق نصفه ولا ينقسم ولا يرضى المستحق ببقائه بيد المرتهن انه يباع و يعجل للمرتهن حقه ان بيع بمثل دينه فان بيع بدنانير ودينه دراهم أو بيع بدراهم ودينه دنانير وقف للمرتهن ذلك رهنا الى الأجل فيباع حينئذ فى حقه لما يرجى من غلاء ذلك ووجهه انه غير الصفة التى يمكنه أن يقبضها و يرجو من الربح فى نقلها الى الصفة التى يستحقها عند حلول أجل دينه مالا يرجوه الآن فلم يكن له أن يباع فيعجل من ثمنه دينه كما لا يجوز ذلك فى غير الرهن
(فصل) وان بيع بقمح وحق المرتهن قمح مثله فقد قال ابن المواز انه بمنزلة أن يباع بدنانير ودينه دنانير أو يباع بدراهم ودينه دراهم وقال أشهب فى العتبية انه ان بيع بشئ من الطعام أو الادام أو الشراب وهو مثل الذى له صفة وجنسا وجودة فانى أستحسن أن له تعجيله وان أبى صاحبه لانه انما يعطيه مثله اذا لم يعطه اياه وهذا الذى قاله يقتضى أن يكون هذا حكم كل مكيل وموزون وما فى حكمهما وكذلك قال سحنون فى المجموعة ان بيع بمثل حقه فليعجل له وقال فى موضع آخر الا أن يكون حقه طعاما بيع فيأبى أن يتعجله فذلك له فاعتبر فى ذلك رضى الله عنه رضا المرتهن لان من اشترى طعاما مؤجلا لم يكن للبائع تعجيله قبل وقته بخلاف العين (مسئلة) وان بيع بطعام مخالف لماله فقد قال محمد يوضع رهنا بيده الى حلول حقه وقال أشهب فى العتبية وكذلك ان بيع بعرض بمثل حقه أو مخالف له وضع له رهنا وليس له تعجيله بغير رضا الراهن ووجه ذلك ان ما لا مثل له لا تكاد تصح فيه المماثلة فقد يجد عند الأجل ما هو أقرب الى المماثلة وأيسر عليه فيما يجزئ عنه
(فصل) وقوله ثم يعطى حقه على ما تقدم وقد روى فى العتبية ابن القاسم عن مالك فى مسئلة الأصل يحلف و يعطى حقه الا أن يأبى الراهن برهن فيه وفاء حق الذى أنظره فيكون له أخذ الثمن فبين ان مسئلة الأصل انما هى فى المعسر (مسئلة) ولو كان أصل دينهما من بيع أو قرض أو أحدهما من قرض والآخر من بيع جاز ذلك ما لم يقرض أحدهما على أن يبيعه الآخر فلا يجوز فان لم يكن بشرط جاز ذلك قاله ابن القاسم فى المدونة (مسئلة) فان أقرضاه وارتهنا منه دارا أو ثوبا وقضى أحدهما خرجت حصته من الرهن فان كان دينهما من جنس واحد وكتابه فى ذكر واحد لم يكن له أن يقضى أحدهما دون الآخر وان كان دينهما من جنسين لاحدهما دراهم وللآخر شعير جاز لاحدهما أن يقضى دون الآخر ولو كتباه بغير ذكر واحد أو يكون الرهن لهما بشئ واحد

دنانير كلها أوقمحا كله أوشيأ واحدا أونوعا واحدا وان لم يكتبابه كتابا فليس لأحدهما أن يقتضي دون الآخر وذلك ان ذكر الحق اذا جمعهما أو الرهن فقد جعلهما مع اتفاق جنس الدين كالشريكين فلا يقبض أحدهما دون الآخر فان كان دينهما من جنسين مختلفين انتفت الشركة وتباينت الحقوق فلم يمنع أحدهما من قبض حقه وكذلك اذا كانا من جنس واحد ولم يضمنا ما يجمع بينهما بذكر حق ولا رهن وكتبا حقهما مفرقا لان ذلك بمعنى القسمة لان افراد ذكر الحق يميز الحق كما يميزه افراد نفس الحق

(فصل) وأما اذا ارتهن أحدهما بعد الآخر فهو أيضا على قسمين أحدهما أن يرتهن أحدهما جزأ من الرهن ثم يرهن رجلا آخر باقيه فان كان أجل الدينين واحدا فحكمه حكم ما رهناه جميعه معا وان كان أجلهما مختلفا فحكمه حكم مسئلة الكتاب في الرجلين ينظر أحدهما ويتعجل الثاني

(مسئلة) واذا رهن رجل رهنا بدين له عليه ثم ادان من آخر ورهنه فضلة ذلك الرهن الأول ففي المجموعة عن مالك ذلك جائز ان رضي المرتهن الأول فان لم يرض لم يجز وقاله ابن القاسم وأشهب وفي كتاب ابن حبيب عن أصبغ قال لي أشهب له ذلك رضي الأول أو سخط لانه لا ضرر عليه في ذلك اذ هو المبدأ وقال ابن حبيب انما أراد مالك برضا الأول ان لم يتم الحوز للثاني واذا لم يرض لم يتم ولا تكون الفضلة له رهنا بل هو أسوة الغرماء فيها وهذا الذي قاله ابن حبيب قد رواه ابن المواز عن ابن القاسم عن مالك فمن رهن رهنا وجعله بيد المرتهن ثم رهن فضله الآخر لم يجز ذلك الا أن يحوزه غير الأول لان الأول انما حازه لنفسه فلا يكون رهنا للثاني قال ابن القاسم الا أن يرضى الأول فيحوز ويبدأ الأول ويكون للثاني ما فضل وقال أصبغ اذا جعل الرهن بيد غير المرتهن جاز أن يرهن فضله الآخر وان أبى ذلك المرتهن الأول اذا علم من هو على يديه لتتم الحيازة لهما وقيل عن مالك حتى يرضى الأول والقياس ما قلت لك وقد روى الشيخ أبو القاسم رواية أخرى في رهن فضلة الرهن ان ذلك لا يجوز وان أذن فيه المرتهن الأول والله أعلم وأحكم (مسئلة) واذا حل أجل دين الثاني قبل الأول ففي الموازية لأشهب عن مالك انه قال اذا لم يعلم الأول ان دين الثاني يحل قبل دينه بيع الرهن ويعطى الأول حقه قبل محله ويعطى الثاني ما فضل عن دينه ثم ان بيع بمثل حقه أو بخلافه فقد تقدم في ذلك قول أشهب وسحنون بما يغني عن اعادته وقد قال سحنون في العتبية انما تفسير قول أشهب في الرهن يستحق نصفه فأما مسئلة الرهن يرهن فضلته فيحل حق الثاني فيباع له فانه اذا وقف الأول فدارحقه فقد يتغير ما يوقف له حتى ينقص عند الأجل من حقه قال ابن عبدوس وكأنه يرى فيما رأيت انه ان كان انما يباع بخلاف حق الأول أن لا يباع الى أجله لانه اذا بيع بخلافه وقف الرهن كله ولم يقض الثاني شيأ فلا فائدة في بيعه ومعنى ذلك ان الثاني ليس له الا ما فضل عن الأول ولا يعلم ذلك الا اذا بيع بمثل ماله والله أعلم ص ﴿قال يحيي وسمعت مالكا يقول في العبد يرهنه سيده وللعبد مال ان مال العبد ليس برهن الا أن يشترطه المرتهن﴾ ش وهذا على حسب ما قال ان من ارتهن عبدا له مال فان مال العبد لا يتبعه في حكم الرهن لانه ليس بملك للراهن والراهن انما يرهنه ما يملكه

(فصل) وقوله الا أن يشترطه المرتهن يريد فيكون رهنا مع العبد وانما يكون رهنا مع العبد ماله الذي كان له يوم اشتراطه قاله مالك في المجموعة والموازية أو نماء ذلك المال فانه بمنزلة أصله ووجه ذلك ان نماء كل مال تبع لأصله في سائر أحكامه ولذلك تبعه في الزكاة وأما ما أفاد بعد الارتهان فلا يكون رهنا معه وقد تقدم ذكره

* قال وسمعت مالكا يقول في العبد يرهنه سيده وللعبد مال ان مال العبد ليس برهن الا أن يشترطه المرتهن

﴿ القضاء فى جامع الرهون ﴾

ص ﴿ قال يحيى سمعت مالكا يقول فيمن ارتهن متاعا فهلك المتاع عند المرتهن وأقر الذى عليه الحق بتسمية الحق واجتمعا على التسمية وتداعيا فى الرهن فقال الراهن قيمته عشرون دينارا وقال المرتهن قيمته عشرة دنانير والحق الذى للرجل فيه عشرون دينارا * قال مالك يقال للذى بيده الرهن صفه فاذا وصفه أحلف عليه ثم أقام تلك الصفة أهل المعرفة بها فان كانت القيمة أكثر مما رهن به قيل للمرتهن أردد الى الراهن بقية حقه وان كانت القيمة أقل مما رهن به أخذ المرتهن بقية حقه من الراهن وان كانت القيمة بقدر حقه فالرهن بما فيه ﴾ ش أكثر ما فى هذا الفصل قد تقدم الكلام عليه ومعنى ذلك ان الرهن اذا ضاع عند المرتهن وكان مما يغاب عليه فلزمه ضمانه لانه لم يقم بينة بضياعه أولانه يحكم بضمانه له وان قامت بذلك بينة على ما رواه أشهب فان اختلفا فى قيمته وادّعى الراهن من ذلك أكثر مما أقر به المرتهن قيل للمرتهن صفه قال فاذا وصفه حلف على تلك الصفة يريد لان الراهن خالفه فيها وادعى أفضل منها ولو جهل الراهن الصفة فقد قال ابن حبيب عن أصبغ اذا وصفه المرتهن حلف وان نكل بطل حقه وكان الرهن بما فيه * قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه وعندى انه لو ادّعى الراهن معرفة الصفة ونكل المرتهن حلف الراهن وقومت الصفة التى حلف عليها (مسئلة) فاذا حلف المرتهن على الصفة التى أقر بها قومها أهل المعرفة فربما قوموها بأكثر مما أقر به من القيمة فان كانت تلك القيمة أكثر من الدين وذلك على وجهين أن يكون ما أقر به من قيمتها أولا أكثر من قدر الدين أو يكون زعم أولا أن قيمتها أقل من قدر الدين أو بمثل قدر الدين لكنه وصفها بعد ذلك بصفة قومت بأكثر من الدين فهذا يقطع دينه بما لزمه من القيمة وقيل له رد الفضل على الراهن وان كانت القيمة أقل من الدين كان على الراهن أن يوفى بقية الدين وان كانت القيمة بقدر الدين فقد قال ان الرهن بما فيه يريد ان هذا من المواضع التى قال فيها من تقدم الرهن بما فيه أوانه يصح أن يحمل قولهم ذلك على هذه المسئلة وما أشبهها ولو أقر أولا بقيمة الرهن فلما خالفه فى ذلك الراهن وصفه بصفة قومت بأقل من القيمة التى أقر بها أولا فان عندى انه تلزمه القيمة الاولى التى أقر بها ويحمل ما وصفنا به الرهن مما قصر عن تلك القيمة جحد البعض القيمة بعد الاقرار بها والله أعلم وأحكم ص ﴿ قال يحيى وسمعت مالكا يقول الامر عندنا فى الرجلين يختلفان فى الرهن يرهنه أحدهما صاحبه فيقول الراهن أرهنتكه بعشرة دنانير ويقول المرتهن ارتهنته منك بعشرين دينارا والرهن ظاهر بيد المرتهن قال يحلف المرتهن حين يحيط بقيمة الرهن فان كان ذلك لا زيادة فيه ولا نقصان عما حلف ان له فيه أخذه المرتهن بحقه وكان أولى بالتبدئة باليمين لقبضه الرهن وحيازته اياه الا أن يشاء رب الرهن أن يعطيه حقه الذى حلف عليه ويأخذ رهنه قال وان كان ثمن الرهن أقل من العشرين التى سمى أحلف المرتهن على العشرين التى سمى ثم يقال للراهن اما أن تعطيه الذى حلف عليه وتأخذ رهنك واما أن تحلف على الذى قلت انك رهنته به ويبطل عنك ما زاد المرتهن على قيمة الرهن فان حلف الراهن بطل ذلك عنه وان لم يحلف لزمه غرم ما حلف عليه

﴿ القضاء فى جامع الرهون ﴾ قال يحيى سمعت مالكا يقول فيمن ارتهن متاعا فهلك المتاع عند المرتهن وأقر الذى عليه الحق بتسمية الحق واجتمعا على التسمية وتداعيا فى الرهن فقال الراهن قيمته عشرون دينارا وقال المرتهن قيمته عشرة دنانير والحق الذى للرجل فيه عشرون دينارا * قال مالك يقال للذى بيده الرهن صفه فاذا وصفه أحلف عليه ثم أقام تلك الصفة أهل المعرفة بها فان كانت القيمة أكثر مما رهن به قيل للمرتهن اردد الى الراهن بقية حقه وان كانت القيمة أقل مما رهن به أخذ المرتهن بقية حقه من الراهن وان كانت القيمة بقدر حقه فالرهن بما فيه * قال يحيى وسمعت مالكا يقول الأمر عندنا فى الرجلين يختلفان فى الرهن يرهنه أحدهما صاحبه فيقول الراهن أرهنتكه بعشرة دنانير ويقول المرتهن ارتهنته منك بعشرين دينارا والرهن ظاهر بيد المرتهن قال يحلف المرتهن حين يحيط بقيمة الرهن فان كان ذلك لا زيادة فيه ولا نقصان عما حلف ان له فيه أخذه المرتهن بحقه وكان أولى بالتبدئة باليمين لقبضه الرهن وحيازته اياه الا أن يشاء رب الرهن أن يعطيه حقه الذى حلف عليه ويأخذ رهنه قال وان كان ثمن الرهن أقل من العشرين التى سمى احلف المرتهن على العشرين التى سمى ثم يقال للراهن اما أن تعطيه الذى حلف عليه وتأخذ رهنك واما أن تحلف على الذى قلت انك رهنته به ويبطل عنك ما زاد المرتهن على قيمة الرهن فان حلف الراهن بطل ذلك عنه وان لم يحلف لزمه غرم ما حلف عليه

المرتهن ﴾ ش وهذا على ماقال انهما اذا اختلفا في قدر الدين فقال الراهن عشرة وقال المرتهن عشرون والرهن قائم بيد المرتهن يحلف حتى يحيط بقيمة الرهن قال وكان مبدأ باليمين لقبضه الرهن وحيازته له * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه وسواء عندي كان بيده أو وضع له على يد عدل لأن يد العدل حائزة للمرتهن وقد قال ابن المواز يبدأ المرتهن باليمين لأن الرهن شاهد له فان كانت قيمة الرهن عشرين دينارا فهو للمرتهن الا أن يشاء الراهن أن يعطيه ما حلف عليه و يأخذ رهنه على ماذكره مالك في الاصل

(فصل) وان كانت قيمة الرهن أقل من العشرين التي سماها أحلف المرتهن على العشرين التي سمى يريد انه ان كانت قيمة الرهن خمسة عشر فله أن يحلف على العشرين التي ادّعى قال ابن المواز ولو قال المرتهن لا أحلف الا على قيمة الرهن لكان له ذلك وحكى عبد الحق عن بعض شيوخه القرويين انه انما يحلف المرتهن على خمسة عشر كالو ادّعى عشرين وشهد له شاهد بخمسة عشر فانه انما يحلف على الخمسة عشر التي شهد له بها شاهده دون العشرين التي ادّعاها وهذا الذي قاله مخالف لنص المذهب على ماثبت في الاصل من قول مالك رحمه الله ولا أعلم فيه خلافا بين أصحابنا الا ماقاله ابن المواز ان المرتهن مخير بين أن يحلف على العشرين أو على الخمسة عشر والفرق بين الرهن والشاهد ان الرهن متعلق بجميع الدين والشاهد لا تعلق له بما لم يشهد به ألا ترى ان الراهن لو أقر بالعشرين فان الرهن يكون رهنا بجميعها ولا يختص بقدر قيمتها منها ولو أقر بتصديق الشاهد لم يكن لشهادته تعلق بغير الخمسة عشر التي شهد بها فجاز أن يقال انه يحلف مع الشاهد على خمسة عشر و يحلف مع الرهن على العشرين التي ادعى (فرع) فاذا قلنا بالتخيير فحلف المرتهن على العشرين قيل للراهن اما أن تحلف وتسقط عن نفسك الخمسة الزائدة على قيمة الرهن واما أن تنكل فيدفع اليه ما حلف عليه وان حلف المرتهن أولا على خمسة عشر فقد قال ابن المواز يحلف الراهن ليسقط عن نفسه بقية دعوى المرتهن وهي مازاد على قيمة الرهن فان نكل الراهن لم يقض للمرتهن بالزيادة على قيمة الرهن لما تقدم من نكوله و وجه ذلك ان اليمين وجبت في الخمسة الزائدة على قيمة الرهن أولا على الراهن وكان للمرتهن أن يضيف اليمين فيهما الى يمينه التي له أن يحلف بها في الخمسة عشر التي شهد له بها الرهن فان امتنع من ذلك وحلف على الخمسة عشر فلا معنى ليمين الراهن لأن المرتهن قد استحق جميعها بيمينه وشهادة قيمة الرهن ولو نكل المرتهن على اليمين جملة حلف الراهن على ان جميع حقه عشرة فيكون يمينه في الخمسة التي شهد بها الرهن مردودة عليه لأنها كانت للمرتهن ابتداء بشهادة قيمة الرهن فلما نكل عنها ردت على الراهن وتكون يمينه في الخمسة الاخرى يمينا غير مردودة لأنها وجبت عليه ابتداء بمجرد دعوى المرتهن فان حلف سقطت عنه العشرة بالوجهين المذكورين وان نكل لزمته الخمسة التي ردت عليه فيها اليمين لأن هذا حكم كل من نكل عن يمين ردت عليه وأما الخمسة الاخرى فان قلنا ان امتناع المرتهن أولا من أن يحلف عليها نكول مؤثر لأنه لا ترتيب بين نكول المدعي و يمين المدعى عليه أو نكوله فقد سقطت عن الراهن لوجود نكول المرتهن عن اليمين التي حكمها ان ترد عليه وان قلنا انه غير مؤثر وليس له حكم النكول الا بعد نكول الراهن لما يلزم بينهما من الترتيب فان له أن يحلف فيستحقها أو ينكل فتبطل دعواه بها و بالله التوفيق (مسئلة) وان كانت قيمة الرهن خمسة عشر دينارا فقد روى يحيى عن ابن القاسم ان قال الراهن أنا أدفع اليك خمسة عشر وآخذ رهني فليس ذلك له الا أن يدفع عشرين

دينارا قال ابن نافع اذا دفع الراهن الى المرتهن قيمة الرهن كان أولى به قال الشيخ أبو محمد في نوادره وهو تفسير قول مالك في الموطأ وجه قول ابن القاسم ان حق المرتهن قد تعلق بجميع قيمة الرهن على نحو ما حلف عليه لان يمينه لما تعلقت بالعشرين ولم يكن لها محل من ذمة الراهن كان محلها الرهن يدل على ذلك انها لو زادت قيمة الرهن بعد اليمين وقبل البيع لكان ذلك كله للمرتهن فاقتضى ذلك أن يكون أحق بالعين حتى يعطى ما استوجب بيمينه وذلك العشرون دينارا ووجه قول ابن نافع ان الحق انما تعلق بقيمة الرهن دون عينه لان القيمة من جنس حقه دون عين الرهن فاذا أعطاه الراهن القيمة التي هي من جنس حقه كان له أخذ رهنه وفي كتاب ابن عبدوس ان شاء الراهن أن يعطى ما قال المرتهن والابعت الرهن ودفعت اليه من ثمنه ما ذكر (مسئلة) ومتى تراعى قيمة الرهن قال ابن نافع في النوادر ان كان الرهن قائما فقيمته يوم الحكم وان هلك فقيمته يوم قبضه ورواه عيسى عن ابن القاسم في المدونة وفي العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم ان الرهن يضمن بقيمته يوم الضياع وقال في موضع آخر يوم الرهن فعلى قولنا باعتبار تضمين قيمته يوم الضياع يجب أن يعتبر بتلك القيمة في مبلغ الدين والله أعلم وجه قول ابن نافع ان الرهن اذا وجد بعينه شهد بقدر الدين لوجوده يوم الحكم واذا عدم ضمن لقيمته فكانت القيمة في ذلك تقوم مقام العين عند وجودها (فرع) وهذا اذا كان مما يضمنه المرتهن لكونه مما يغاب عليه فان كان مما لا يضمنه المرتهن اما لانه مما لا يغاب عليه أو لانه وضع على يد أمين أو قامت بضياعه بينة فقد قال ابن المواز القول قول المرتهن ما كان الرهن قائما وقال أصبغ في العتبية في الرهن يكون على يد أمين ثم يختلف الراهن والمرتهن في قدر الدين القول قول الراهن مع يمينه لانه لم يضع الرهن في يد المرتهن وجه قول ابن المواز انه رهن باق على حكم الرهن يستوفى منه المرتهن حقه فكان شاهدا بقدر الدين كالذى يضمن باليد ووجه قول أصبغ ما احتج به من انه غير مسلم اليه ولا مؤتمن عليه فلم يشهد لدينه وهذا التعليل لا يمنع شهادة ما لا يغاب عليه مع بقائه وتسلمه الى المرتهن وان عللنا بان ما لا يضمن من الرهون ولا يشهد قيمته عند ضياعه بقدر الدين فان عينه لا تشهد به مع بقائه كالوديعة (فرع) فان تلف ما لا يغاب عليه أو قامت بينة بضياع ما يغاب عليه ففي العتبية من رواية يحيى بن يحيى وأبي زيد عن ابن القاسم ليس على الراهن الا ما أقر به من قليل أو كثير مع يمينه ولا يعتبر بقيمة الرهن وجه ذلك أن الرهن قد بطل وحل منه الرهن فاشبه المداينة دون رهن

(فصل) وقوله ثم يقال للراهن اما أن تعطيه العشرين التي حلف عليها وتأخذ رهنك واما ان تحلف على الذى زعمت انك رهنته به وتبطل عنك ما زاد المرتهن على قيمة الرهن قال ابن المواز ان كان الرهن يساوى ما قال المرتهن أو أكثر لم تكن اليمين الا عليه وحده وان كان لا يساوى الا ما قال الراهن فاقل لم يحلف الا الراهن وحده لان يمين المرتهن لا تنفعه وان كانت قيمته أكثر مما أقر به الراهن أو أقل مما ادعاه المرتهن فههنا يحلفان ويبدأ المرتهن باليمين لان الرهن شاهد له على قدر قيمته من الدين (مسئلة) ولو اختلفا في الدين فقال الراهن هو بمائة اردب حنطة وقال المرتهن انما ارتهنه بمائة دينار وقيمة الرهن مائة دينار قال أصبغ في العتبية ان كان قيمة المائة التي أقر بها الراهن أكثر من قيمة مائة دينار فالراهن مصدق ويؤخذ منه فتباع بها الحنطة فيوفى وان كانت أقل فالمرتهن مصدق كما وصفه في كثرة النوع

(فصل) وقوله ثم يقال للراهن اما أن تعطيه الذى حلف عليه واما أن تأخذ رهنك واما أن تحلف على

الذى قلت و يبطل عنك مازاد على قيمة الرهن يريد أن يمينه تسقط عنه ذلك فانه ان نكل لزمه جميع ماحلف عليه المرتهن وان كان أضعاف قيمة الرهن ولو نكل المرتهن فقد قال ابن المواز يحلف الراهن ولا يغرم الا ماحلف عليه وجه ذلك أن يكون المرتهن مضعفا لدعواه وماشهد له به الرهن وغيره فلما حلف الراهن لم يجب عليه غير ماأقر به

(فصل) وقوله وان لم يحلف الراهن غرم ماحلف عليه المرتهن واضح فى ان المرتهن انما يحلف أولا على جميع الحق ولذلك اذا نكل ولم ترد عليه اليمين بنكول الراهن عنها وقد جعل هذا القائل من حجته ماقاله ان اليمين ترد عليه كانه أمر قد سلم له قال ومن عيب هذا القول انه لو حلف على عشرين فوجب له أخذ خمسة عشر و يمين المطلوب على الخمسة الزائدة فنكل المطلوب أليس ترد اليمين على الراهن فيصير يحلف مرتين * قال القاضى أبو الوليد رضى الله عنه وعندى ان المسئلة تحتمل قولين فان قلنا ان يمين المرتهن أولا قدمت على موضعها ليسلم من تكرر اليمين عليه فيستحق بها و بنكول الراهن بعدها مازاد على قيمة الرهن لانه حق اجتمع فيه يمين المدعى ونكول المدعى عليه فوجب أن يقضى به كما لو تقدم نكول المدعى عليه وان قلنا ان تلك اليمين فيما زاد على قيمة الرهن ليست لاستحقاق تلك الزيادة وانما هى ليحق المرتهن بها دعواه دون أن يلزمه أو يقتضى منه فان نكول الراهن عن اليمين فيما يدعى عليه المرتهن يقتضى رد اليمين على المدعى وهو المرتهن فيحلف ويستحق بمنزلة مالو شهد له شاهد بخمسة عشر دينارا وهو يدعى عشرين فحلف مع العشرين مع شاهده بخمسة عشر فان المدعى عليه يحلف على نفى الخمسة فان نكل ردت اليمين على المدعى فيحلف فى الخمسة يمينا ثانية يستحقها بها (فرع) واذا نكل المرتهن أولا ثم نكل الراهن فقد قال ابن القاسم حكمهما اذا نكلا مثل حكمهما اذا حلفا لا يلزم الراهن الا قيمة الرهن قال ولا ألزم الراهن اذا نكل غرم ما ادعاه المرتهن أولا لانه لما نكل لم يلزم غرم مازاد على قيمة الرهن حتى يرد اليمين على مدعيها فلما تقدم نكوله عنها لم يكن له منها شئ ويتخرج من هذا صحة ماتقدم نكول المدعى قبل نكول المدعى عليه أو يمينه على قول ابن المواز ولا يبعد هذا وقد تقدم فى القول الاول من نكول المرتهن و يمين الراهن فلا يكون على هذا القول بين نكول المدعى ونكول المدعى عليه أو يمينه ترتيب وعلى القول الثانى يكون بينهما ترتيب ولهذا تأثير فى مسائل كثيرة وأما اذا تلف الرهن بعد نكول المرتهن فانه لا يلزمه الا ماأقر به من الدين والله أعلم ص

قال مالك فان هلك الرهن وتناكرا الحق فقال الذى له الحق كانت لى فيه عشرون دينارا وقال الذى عليه الحق لم يكن لك فيه الا عشرة دنانير وقال الذى له الحق قيمة الرهن عشرة دنانير وقال الذى عليه الحق قيمته عشرون دينارا قيل للذى له الحق صفه فاذا وصفه أحلف على صفته ثم أقام تلك الصفة أهل المعرفة بها فان كانت قيمة الرهن أكثر مما ادعى فيه المرتهن أحلف على ماادعى ثم يعطى الراهن مافضل من قيمة الرهن وان كانت قيمته أقل مما يدعى فيه المرتهن أحلف على الذى زعم أنه له فيه ثم قاصوه بما بلغ الرهن ثم أحلف الذى عليه الحق على الفضل الذى بقى للمدعى عليه بعد مبلغ ثمن الرهن وذلك ان الذى بيده الرهن صار مدعيا على الراهن فان حلف بطل عنه بقية ماحلف عليه المرتهن مما ادعى فوق قيمة الرهن وان نكل لزمه مابقى من حق المرتهن بعد قيمة الرهن * ش وهذا على حسب ماقال ان المتراهنين اذا تنا كلا وقد ضاع الرهن وكان مما يغاب عليه فقال المرتهن قيمة الرهن عشرة دنانير ودينى فيه عشرون دينارا وقال الراهن

قال مالك فان هلك الرهن وتنا كلا الحق فقال الذى له الحق كانت لى فيه عشرون دينارا وقال الذى عليه الحق لم يكن لك فيه الا عشرة دنانير وقال الذى له الحق قيمة الرهن عشرة دنانير وقال الذى عليه الحق قيمته عشرون دينارا قيل للذى له الحق صفه فاذا وصفه احلف على صفته ثم أقام تلك الصفة أهل المعرفة بها فان كانت قمة الرهن أكثر مما ادعى فيه المرتهن أحلف على ماادعى ثم يعطى الراهن مافضل من قيمة الرهن وان كانت قيمته أقل مما يدعى فيه المرتهن أحلف على الذى زعم أنه له فيه ثم قاصوه بما بلغ الرهن ثم أحلف الذى عليه الحق على الفضل الذى بقى للمدعى عليه بعد مبلغ ثمن الرهن وذلك أن الذى بيده الرهن صار مدعيا على الراهن فان حلف بطل عنه بقية ما حلف عليه المرتهن مما ادعى فوق قيمة الرهن وان نكل لزمه مابقى من حق المرتهن بعد قيمة الرهن

قيمة الرهن عشرون دينارا ودينك فيه عشرة دنانير فانه يقال للمرتهن صفه لانه الغارم فاذا وصفه حلف على تلك الصفة اذا كانت أدون من الذى ادعاها الراهن ثم قوم أهل المعرفة تلك الصفة التى حلف عليها المرتهن ثم ان كانت تلك القيمة أكثر من العشرين التى ادعاها المرتهن من الدين احلف على ما ادعى ثم يعطى الراهن ما فضل من قيمة الرهن عن دينه الذى حلف عليه وهذا قول مالك وأكثر أصحابه وذلك ان ما ثبت من قيمة الرهن باقرار المرتهن ويمينه بمنزلة ما ثبت من ذلك باتفاقهما عليه فكانا سواء فى الشهادة بقدر الدين ووجه ذلك أنه متفق عليه وانما أحلف المرتهن ليسقط عنه ما ادعاه الراهن من قيمة الرهن زائدا على ما أقر به والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله وان كانت قيمته أقل مما يدعى فيه المرتهن أحلف على الذى يدعيه ثم قاصوه بذلك من قيمة الرهن يريد اذا كان الدين من جنس قيمة الرهن واذا كان الرهن لا يعلم ضياعه الا بقول المرتهن وكان أصل الدين من سلم روعى فى ذلك أن يكون الرهن يجوز أخذه من رأس مال المسلم ويجوز أخذه من المسلم فيه فان كان الامران جائزين صحت المقاصة وان امتنع أحدهما امتنعت المقاصة مثال ذلك أن يكون الرهن دنانير ورأس مال المسلم دراهم فلا تجوز المقاصة لان ما أظهراه من السلم ملغى وما آل أمرهما الى سلم دراهم فى دنانير فان كان الرهن ورأس مال السلم دنانير من جنس واحد وكان الرهن أكثر لم تجز المقاصة لان ما آل أمرهما الى سلم دنانير فى أكثر منها وان كانت دنانير الرهن مثل دنانير رأس مال السلم أو أقل صحت المقاصة لتبعد التهمة (فرع) ولو كان الرهن عرضا من جنس ما سلم فيه قل أو كثر أجود أو أردأ لم تجز المقاصة قبل الأجل لما يدخله من ضع وتعجل أو الزيادة لحط الضمان وان كان مثله عددا وجودة فلا بأس به ولا بأس بذلك عند حلول الاجل وان كان الرهن عرضا من جنس رأس المال لم يجز أفضل جودة ولا عددا ولا أقل جودة وعددا وان حل الأجل وان كان مثله فلا بأس بذلك (فرع) وان كان رأس المال عرضا والرهن عرضا من غير جنسه فقد قال ابن ميسر يجوز ان يتقاصا بعد المعرفة بقيمة الرهن وهذا أصل متنازع فيه وهل يراعى فى ذلك قيمة الرهن ان كان رأس المال عينا قال أحمد بن ميسر ان كانت قيمته أكثر من رأس مال السلم لم يجز و يجوز ان كانت مثله فأقل و وجه ذلك أن القيمة عين من جنس رأس مال السلم فيدخله التفاضل بينهما وقد أنكر هذا غيره من أصحابنا لانه ان كان الرهن باقيا فلا خلاف فى جواز سلف عشرة دنانير فيه وان كانت عينه قد تلفت ولزمته القيمة بعدت التهمة بل استحالت

(فصل) وقوله ثم احلف الذى عليه الدين فيما فضل من الدين عن قيمة الرهن لان الذى بيده الرهن مدع فيما زاد على قيمة الرهن فاذا احلف سقط عنه ذلك وان نكل لزمه ذلك مع قيمة الرهن لانه قد حلف المرتهن على اثبات ذلك لما لزمته اليمين فى اثبات ما يقابل من دينه قيمة الرهن وأضيف اليها اليمين على ما ادعاه زيادة من الرهن على قيمة الرهن وجعلت يمينا واحدة لئلا يكون عليه اليمين فى حق واحد مع امكان افرادها وجمعها لكنه لما لم يتقدم له ما يقوى دعواه فى الزيادة لم يحكم له بها فان حلف الراهن أسقط عن نفسه هذه الزيادة فان نكل قوى نكوله ما تقدم من يمين المرتهن بها فحكم له بذلك وتقدمت يمين المرتهن بهذه الزيادة على نكول الراهن لما قدمناه والله أعلم

(فصل) وذكر فى هذه المسئلة يمينين على المرتهن احداهما على الصفة والثانية على اثبات الدين فيحتمل أن يريد أنهما يلزمانه منفصلين وذلك ان اليمين الأول تجب عليه قبل أن تجب الثانية ولا يمكن النظر فى أسباب الثانية الا بعد انفاذ اليمين الاولى لان الاولى تجب لاثبات الصفات ولا تجب الثانية

﴿ القضاء في كراء الدابة والتعدي بها ﴾ * قال يحيى سمعت مالكا يقول الأمر عندنا في الرجل يستكري الدابة الى المكان
المسمى ثم يتعدى ذلك المكان و يتقدم أن رب الدابة يخير فان أحب أن يأخذ كراء دابته الى المكان الذي تعدى بها اليه أعطى ذلك
ويقبض دابته وله الكراء الأول وان أحب رب الدابة فله قيمة دابته من المكان الذي تعدى منه المستكري

وله الكراء الأول ان
كان استكرى الدابة
البداة فان كان استكراها
ذاهبا وراجعا ثم تعدى حين
بلغ البلد الذي استكرى
اليه فانما لرب الدابة نصف
الكراء الاول وذلك أن
الكراء نصفه في البدأة
ونصفه في الرجعة فتعدى
المتعدي بالدابة ولم يجب
عليه الا نصف الكراء
الأول ولو أن الدابة
هلكت حين بلغ بها البلد
الذي استكرى اليه لم يكن
على المستكري ضمان
ولم يكن للمكري الا نصف
الكراء قال وعلى ذلك
أمر أهل التعدي والخلاف
لما أخذوا الدابة عليه * قال
وكذلك أيضا من أخذ مالا
قراضا من صاحبه فقال له
رب المال لا تشتر به حيوانا
ولا سلعا كذا وكذا السلع
يسميها وينهاه عنها ويكره
أن يضع ماله فيها فيشتري
الذي أخذ المال الذي نهى
عنه يريد بذلك أن يضمن
المال ويذهب بربح صاحبه
فاذا صنع ذلك فرب المال
بالخيار ان أحب أن يدخل
معه في السلعة على ما شرطا بينهما من الربح فعل وان أحب فله رأس ماله ضامنا على الذي أخذ المال وتعدى قال وكذلك أيضا الرجل
يبضع معه الرجل البضاعة فيأمره صاحب المال أن يشتري له سلعة باسمها فيخالف فيشتري ببضاعته غير ما أمره به ويتعدى ذلك
فان صاحب البضاعة عليه بالخيار ان أحب أن يأخذ ما اشترى بماله أخذه وان أحب أن يكون المبضع معه ضامنا لرأس ماله فذلك له

بعدلان قيمة الرهن ان كانت أقل مما أقر به الراهن فلا معنى ليمين المرتهن لانه لا يجتلب بها منفعة ولا يقضى له بيمينه ولا ينظر في القيمة التي هي سبب يمين المرتهن بقدر الدين الا بعد ثبوت صفة الرهن بيمين المرتهن الذي هو الغارم فاذا ثبتت الصفات بيمينه قومت تلك الصفات فاذا ثبتت قيمتها وكانت أكثر مما أقر به الراهن استحلف المرتهن والله أعلم ويحتمل أن يريد بذلك ذكر ما بيناه وله اليمين من المعنيين المذكورين ولكنه لا يلزمه أن يفرقهما بل له أن يجمعهما في يمين واحدة لكنه يمكن أن تقوم الصفة التي يقر بها المرتهن فاذا علم انها أقل من الدين حلف المرتهن يمينا واحدة ينفي بها من قيمة الرهن ما زاد على ما أقر به الراهن وتقدمها لنكول الراهن فيما ادعاه المرتهن من الدين زيادة على قيمة الرهن وهذا معنى قول مالك وأكثر أصحابه عندي والله أعلم

﴿ القضاء في كراء الدابة والتعدي بها ﴾

ص ﴿ قال يحيى سمعت مالكا يقول الأمر عندنا في الرجل يستكري الدابة الى المكان المسمى ثم يتعدى ذلك المكان ويتقدم أن رب الدابة يخير فان أحب أن يأخذ كراء دابته الى المكان الذي تعدى بها اليه أعطى ذلك ويقبض دابته وله الكراء الاول وان أحب رب الدابة فله قيمة دابته من المكان الذي تعدى منه المستكري وله الكراء الاول ان كان استكرى الدابة البدأة فان كان استكراها ذاهبا وراجعا ثم تعدى حين بلغ البلد الذي استكرى اليه فانما لرب الدابة نصف الكراء الأول وذلك ان الكراء نصفه في البدأة ونصفه في الرجعة فتعدى المتعدي بالدابة ولم يجب عليه الا نصف الكراء الاول ولو أن الدابة هلكت حين بلغ بها البلد الذي استكرى اليه لم يكن على المستكري ضمان ولم يكن للمكري الا نصف الكراء قال وعلى ذلك أمر أهل التعدي والخلاف لما أخذوا الدابة عليه قال وكذلك أيضا من أخذ مالا قراضا من صاحبه فقال له رب المال لا تشتر به حيوانا ولا سلعا كذا وكذا السلع يسميها وينهاه عنها ويكره أن يضع ماله فيها فيشتري الذي أخذ المال الذي نهى عنه يريد بذلك أن يضمن المال ويذهب بربح صاحبه فاذا صنع ذلك فرب المال بالخيار ان أحب أن يدخل معه في السلعة على ما شرطا بينهما من الربح فعل وان أحب فله رأس ماله ضامنا على الذي أخذ المال وتعدى قال وكذلك أيضا الرجل يبضع معه الرجل البضاعة فيأمره صاحب المال أن يشتري له سلعة باسمها فيخالف فيشتري ببضاعته غير ما أمره به ويتعدى ذلك فان صاحب البضاعة عليه بالخيار ان أحب أن يأخذ ما اشترى بماله أخذه وان أحب أن يكون المبضع معه ضامنا لرأس ماله فذلك له ﴾ ش قوله فيمن يكتري الدابة الى مكان مسمى ثم يتعداه بالتقدم أمامه فان لرب الدابة أن يأخذ كراء دابته الى الموضع الذي تعدى اليه مع الكراء الاول ويأخذ دابته وان أحب كانت له قيمة دابته من المكان الذي تعدى منه المكتري وله الكراء الاول يريد انه لما تعدى بالدابة وزاد على المكان الذي اكترى اليه ثبت له حكم التعدي ولزمه الضمان وذلك على قسمين أحدهما أن رد

الدابة المكترى على حالها والثانى أن يردها وقد تغيرت فان ردها على حالها فلا يخلو أن يكون أمسكها فى تعديه امسا كايسيرا أو كثيرا فان كان انما أمسكها يوما أو أياما يسيرة ففى الموازية عن ابن القاسم اليوم وشبهه قال وقاله مالك فى البريد والبريدين وان كان اكتراها بالأيام ثم أمسكها أياما زائدة على أيام الكراء فلا ضمان عليه وانما له الكراء فى أيام التعدى مع الكراء الاول قاله مالك وأكثر أصحابه ووجه ذلك ان الدابة لم يؤثر فيها التعدى فى عين ولا قيمة ولا فوات أسواق فلم يلزمه ضمانها وعليه قيمة كرائها فى الأيام الزائدة رواه ابن القاسم عن مالك فى المدونة وغيرها (مسئلة) وأما ان حبسها الأيام الكثيرة قال فى المدونة الشهر وقال فى الواضحة مثل شهر ونحوه وقال أصبغ فى موضع آخر أياما كثيرة كحول وهذا هو الأصل فصاحبها مخير بين الكراء الاول وكراء ما تعدى بحبسها فيه وبين الكراء الاول ويضمنه قيمة دابته قاله ابن حبيب فى الواضحة وقاله ابن القاسم فى المدونة ووجه ذلك انه قد غصبه منافع الدابة دون الرقبة ومن منافعها بيعها فى أسواقها وقد فات ذلك فيها فعليه قيمتها لان ذلك بمنزلة بيعها (فرع) ومن قول مالك انه لو غصبه رقبتها وحبسها شهرا أو أشهرا ثم ردها بعد ذلك ولم تتغير لم يكن لصاحب الدابة أن يلزمه قيمتها والفرق بين الموضعين انه لما غصبه رقبتها سقطت عنه منافعها الضمانه رقبتها فاذا لم يغصبه رقبتها واستخدمها جوزا ولما لزمه الكراء فيما ركبها فيه واستخدمها والله أعلم (فرع) وأما الذى يجب عليه من كرائها قال ابن القاسم فى المدونة عليه كراؤها فيما حبسها فيه من عمل أو حبس بغير عمل وقد بسطنا القول فى هذا فى شرح المدونة وقال غيره ان كان معه فى مصر واحد يقدر على أخذها فكأنه راض بذلك وان كان فى غير مصره فهو مخير بين أن يردها وكراء المدة الاولى وله فى باقى الأيام الأكثر من حساب ذلك اليوم أو قيمة كرائها فيما حبسها فيه من عمل أو حبس بغير عمل وقد بسطنا القول على هذا فى شرح المدونة وان شاء أخذ كراء ذلك اليوم وقيمتها يوم حبسها ووجه قول ابن القاسم ان امساكها لما كان بغير عقد كراء لزمه كراء المثل فى مثل ما حبسها فيه كالو تعدى باستخدامها من غير استئجار ووجه قول الغير انه اذا كان الكراء الاول قد تغابن فيه فالثانى لا يلزمه فيه غبن لانه لم يلتزمه وان كان الكراء الثانى بأكثر من قيمته فالمتعدى قد رضى به حين استدام العمل بعده بغير اذن ربه وبنحو رواية ابن القاسم قال الشافعى فى كراء المثل وقال أبو حنيفة لا كراء لصاحب الدابة والدليل على صحة ما نقوله انه قد غصب المنافع فكان عليه ضمانها كالاعيان

(فصل) وقوله فله الكراء الأول ان كان استكرى الدابة البدأة وان كان استكراها ذاهبا وراجعا ثم تعدى حين بلغ البلد الذى استكرى اليه الدابة من مصر الى برقة فلما بلغ برقة تعدى عليها فان صاحب الدابة له الكراء كله الى برقة ثم له بعد ذلك الخيار فى أخذ قيمة الدابة مع الكراء الى برقة ذاهبا وراجعا بعشرة دنانير نصفها للبدأة ونصفها للعودة ثم يكون الخيار فيما بعد ذلك على ما تقدم وانما جعل له النصف فى البدأة والنصف فى العودة بناء على أن قيمتهما سواء لتساويهما فى المسافة وهو الغالب من أحوال المسافة ولو اختلفت قيمة الكراء عند الناس فى البدأة أو العودة للزم التقويم والله أعلم (مسئلة) وان ردها وقد تغيرت فلا يخلو أن تكون تغيرت تغيرا كثيرا أو هلكت فان تغيرت تغيرا شديدا ففى الواضحة عن مالك فمن رد الدابة ولم يمسكها الا أياما يسيرة فلا شئ لرب الدابة غير كرائها فى تلك الأيام وهو مخير بين كرائها وبين قيمتها وكذلك لو عطبت فى مدة التعدى والله أعلم وأحكم والتعدى يكون فى حبسها بقدر من الكراء ويكون فى أن يتعدى بها مكان الكراء ويكون

فى أن يجعل عليها مالم تكتر له فأما التعدى بتجاوز من الكراء فقد تقدم ذكره وأما التعدى بتجاوز مسافة الكراء فمثل أن يكترى دابة للركوب من مصر الى برقة فيركبها الى افريقية فهذا حكمه فى طول الامساك وقربه مثل ماتقدم فى الزيادة على زمن الكراء ان ردها سالمة فقد روى ابن حبيب عن مالك انه اذا لم يجاوز الأمد الا باليسير الذى لا اختيار لصاحبها فيه اذا سلمت فليس لصاحبها الا كراء مازاد ولو زاد كثيرا فيه الأيام التى تتغير فى مثلها سوقها من ربها ان ردها المتعدى سالمة على ماتقدم وان عطبت فى القليل أو الكثير فهو ضامن لها (فرع) ولو عدل عن طريقه الميل فقد قال مالك هو ضامن وصاحب الدابة بالخيار بين قيمة الدابة وبين كرائها وكذلك قال محمد عن ابن القاسم عن مالك فى زيادة الميل والميلين قال محمد وقيل انه ضامن ولو زاد خطوة وأما مايعدل الناس اليه من الراحلة فلا يضمن فيه ووجه ذلك ان هذا العدول معتاد لانه لا بد للناس من العدول عن الطريق للنزول لراحة وغداء وغير ذلك فليس هذا العدول بتعد (فرع) ولو لم يعطب البعير الا بعد أن رجع الى المسافة التى اكترى لها وخرج سالما عن مسافة التعدى فقد روى ابن حبيب عن أصبغ وابن الماجشون انه ان كان لم يجاوز المسافة الا باليسير مما لا اختيار فيه لصاحبها مع السلامة فليس له الا كراء الزيادة وأما ان زاد زيادة كثيرة أياما تتغير فيها أسواقها فهو ضامن لها كالو ماتت فى مسافة الزيادة وقال ابن القاسم يضمنها وان كانت الزيادة يسيرة وروى عن مالك قال ابن حبيب وهو عندنا غلط من الرواية لانه روى عن مالك فيمن تعدى فتسلف من وديعة عنده ثم ردفيها ماتسلفه ثم تلفت انه لا يضمن فهذا مثله (مسئلة) وانما له كراء مسافة التعدى على قيمة كراء ماتعدى وليس على قدر ماتكارى قال مالك فى المدونة ووجه ماقدمناه من أنه عمل بدابته بغير اذن ولا عقد بقدر أجرة العمل فلزمه كراء مثله أصل ذلك اذا لم يتقدم بينهما عقد كراء (مسئلة) وأما التعدى فى الحمل فعلى وجهين أحدهما الزيادة فيه من جنسه والثانى حمل غير ذلك الجنس فأما الزيادة فيه من جنسه ففى المدونة فيمن اكترى بعيرا ليحمل عليه عشرة أقفزة فحمل عليه أحد عشر قفيزا فلا ضمان عليه فى عطب البعير اذا كان القفيز يسيرا لا تعطب منه الدابة * وقال مالك فيمن اكترى دابة ليحمل عليها أرطالا مسماة فيحمل أكثر منها فعطبت ان كانت الزيادة تعطب من مثلها فلصاحب الدابة الكراء وكراء الزيادة أو قيمة الدابة يوم التعدى دون الكراء مخير فى ذلك وان كان يعطب من مثل تلك الزيادة فليس له الا الكراء الأول وكراء ماتعدى فيه وقال سحنون ان زاد فى الحمل ولو رطلا واحدا ضمن (فرق) قال عبد الملك والفرق بين هذا وبين الزيادة فى المسافة ان مجاوزة المسافة تعد كله فلذلك ضمنها فى قليله وكثيره وزيادة الحمل اذا اجتمع فيه تعد واذن فان كانت الزيادة يعطب من مثلها ضمن والا لم يضمن (فرع) فاذا قلنا ان له كراء الزيادة ان شاء ففى قول مالك له أجر مثل القفيز الزائد مابلغ الا أن يكون مثل قفيز من العشرة التى اكترى عليها يريد انه ليس له القفيز الزائد من سعره ما أكرى منه العشرة الأقفزة لجواز أن يكون أحدهما غابن صاحبه فى عقد الكراء وانما له قيمة كراء مثله ما بلغت القيمة لانه لم يتقدم فيه عقد ويحتمل أن يريد بذلك مراعاة أجرة حمله زائدا على حمل الدابة لانه أضر من غيره والله أعلم وأحكم (مسئلة) وأما ان حمل غير الجنس الذى اتفق معه فلا يخلو أن تكون مضرته كمضرة ماتكارى عليه أو أشد فان كانت مثل مضرته فلا ضمان عليه وأصل ذلك أن الحمل لا يتعين عند مالك الا بجنس المضرة ولو اكترى رجل من جمال على حمل بعينه كان له أن يبدله بمثله مما مضرته مثل مضرته وليس له بدله بما هو أعظم ضررا

منه فالمراعى فى ذلك ما يضغط بثقله جانبي الدابة ويضر بها أو الجفاء وعظم الحمل الذى يجفو على الدابة ويضر بها من هذا الوجه فان كان اكترى على حمل وحمل ما هو أضر منه مما ذكرناه فعطبت الدابة فهو ضامن وان كان مثله فى المضرة فقد قال مالك فى المدونة فيمن اكترى بعيرا لحمل خمسمائة رطل بر فحمل عليه بوزنه ذهبا لا ضمان عليه ان لم يكن ذلك أضر بالبعير * قال مالك وله أن يكريه ممن يحمل عليه مثل ذلك وله أن يحمل عليه خلاف ما سمى فيحمل القطن بوزن ما سمى من البر ولا يحمل بوزنه ما هو أضر منه ووجه ذلك ما تقدم (مسئلة) وهذا كله فى الاحمال وأما الراكب فقد يختلف حاله باختلاف أخلاق الناس مع تساوى أجسامهم فمنهم من فيه رفق ومنهم من فيه عنف وقد قال مالك لا يعجبنى أن يكرى الرجل دابة فيحمل عليها غيره فقد يكون الراكب أخف من المكترى ولعله أخرق فى الركوب قال ابن القاسم فان حمل عليها من هو فى مثله فى الثقل والحال والركوب لم يضمن ولم يكن مالك يقف على قوله هذا وقوله المعروف الذى ثبت عليه ان له أن يكريها من مثله فى حاله وخفته فان حمل عليها من هو أثقل منه أو غير مأمون فهو ضامن والخلاف الذى أشار اليه انما هو عندى فى ابتداء الكراء فقد استثقل مالك لمن اكترى دابة لركوبه أن يكريها من غيره الا أن يموت أو يقيم فقد جوزه مالك أيضا ولم يختلف قوله فى الاحمال قال ابن حبيب ومعنى ذلك فى الدابة معها صاحبها يتولى سوقها والحمل عليها والحط عنها فأما ان كان يسلمها الى المكترى فله منعه من الكراء من غيره لاختلاف سوق الناس ورفقهم وحياطتهم وتضييعهم لها (مسئلة) ولو أراد من اكترى شق محمل أن يعقب آخر فقد روى عيسى عن ابن القاسم ليس للجمال منعه قال أصبغ ان أعقب راكبا من يحاذ ذلك وان أعقب ماشيا فليس له ذلك لانه يكون أضر وأثقل والله أعلم وأحكم

(فصل) وقوله وكذلك من أخذ مالا قراضا فقال ان رب المال مخير بين أن يدخل معه فى السلعة على ما شرطا أو يكون له رأس ماله يضمنه المتعدى وذلك انه لا يخلو أن يظهر على ذلك قبل أن يبيع ما اشترى أو بعده فان ظهر على ذلك قبل البيع فقد قال مالك فى الواضحة يباع عليه ما نهى عن شرائه فان كان فيه فضل فهو على القراض وان كان نقصان ضمنه وان شاء رب المال ضمنه جميع الثمن وترك ذلك له وان شاء أمضى ذلك له على القراض فجعله فى هذه المسئلة على هذه الرواية مخيرا بين ثلاثة أوجه أحدها أن يعجل بيع السلعة فيكون ربحها على القراض وخسارتها على العامل المتعدى والوجه الثانى أن يعجل تضمينه اياها ويأخذ منه المال الذى سلمه اليه والوجه الثالث أن يبقى ذلك على القراض وذكر فى أصل الموطأ وجهين التضمين أو الابقاء على حكم القراض الذى كانا عقداه ويحتمل أن يكون الفرق بينهما انما هو فى تعجيل البيع وانه كان له ذلك لما ظهر من تعدى العامل وان اشترى ما أمر به لم يكن لرب المال عليه تعجيل بيعه

(فصل) وقوله ان رب المال مخير بين أن يدخل معه فى السلعة على ما شرطا بينهما من الربح يريد ان كانا شرطا أن يكون بينهما الربح بنصفين فهو على ذلك وكذلك لو شرطا الأقل لأحدهما والأكثر للآخر كالثلث والثلثين أو غير ذلك من الأجزاء فان أحب صاحب المال أن يقر السلعة على القراض فانما يقرها على الأجزاء المتقدمة (مسئلة) وان لم يعلم بذلك حتى باع السلعة ففى الواضحة عن مالك ان المال على القراض فان بيعت بنقص ضمنه يريد انه ان كان فى ذلك ربح فهو على شرطهما فى القراض وان كانت فيه وضيعة ضمنه العامل المتعدى لانها لما بيعت بمثل العين الذى

هو رأس مال القراض ظهر الربح فيه والوضيعة فلرب المال حصته من الربح لانه نماء ماله وعلى العامل جميع الوضيعة لانها بسبب تعديه (مسئلة) ولو نهاه عن العمل بالمال وهو عين بعد فعمل به ففي كتاب محمد بن المواز وابن حبيب ان الربح للعامل والوضيعة عليه كالوديعة زاد ابن حبيب مالم يقر انه اشترى السلعة باسم القراض فان أقر بها فالربح على شرط القراض ولا يخرجه مالم يفوت بذلك غرضا فان فوت غرضا كان لصاحبه فيه

(فصل) وقوله وكذلك الرجل يبضع معه ليشترى سلعة مسماة فيشترى غيرها فان لصاحب البضاعة أن يأخذ ما اشترى بماله أو يضمنه اياه ومعناه أن المبضع معه قد تعدى على البضاعة ومنع صاحبها غرضه منها وأراد أن ينفرد بالانتفاع بها دون صاحبه فلا يخلو أن يعلم بتعديه قبل بيع ما اشترى به أو بعد ذلك فان علم به قبل أن يبيعه فانه على ما قال يخير رب البضاعة بين أن يأخذ السلعة التى ابتاع المبضع معه بمال وبين أن يضمنه ثمنها وان علم بذلك بعد ما باع المبضع معه السلعة ففي المدونة من رواية محمد بن يحيى عن مالك ان الربح للمبضع معه لانه قد ضمن البضاعة قال عيسى أمرنى ابن القاسم أن أضرب عليها وأوقفها والمشهور عن مالك انه ان كان فى ثمنها ربح فهو لصاحب البضاعة وان كان نقص فعلى المبضع معه وجه الرواية الأولى انه أمره بشراء جنس مخصوص فاذا فات ذلك بشرائه ما اشترى لنفسه فلم يوجد من المبضع معه الا الاستبداد بتلك المنفعة كالوديعة وبهذا خالف العامل فى القراض فان قصد رب المال الربح فلما خالفه العامل أراد الاستبداد بالربح فلم يكن له ذلك وكان لرب المال أن يشاركه فيه على حسب ما تقدم ووجه الرواية الثانية ان رب البضاعة قد أمره بتصريفها فى وجه مخصوص فاذا تعدى على البضاعة وأراد الانفراد بالانتفاع بها لم يكن له ذلك كالقراض وبهذا يخالف الوديعة فان الوديعة لم يأمره بتصريفها له فى معنى من المعانى وانما أمره بحفظها وهذا الغرض لا يفوته بتصريفها فيما اشترى به لنفسه فلذلك لم يكن لرب الوديعة أخذ ما اشترى بها والله أعلم وأحكم (مسئلة) فان باع المبضع معه ما اشترى بالبضاعة ثم ردها الى مكانها أو اشترى بها ما أمره به فتلف ففي المدونة من رواية محمد بن يحيى عن مالك لا ضمان عليه اذا أقام البينة بردها وقال عيسى عن ابن القاسم ليس عليه بينة ومعنى ذلك أن يكون اشترى المبضع مع سلعه لنفسه بالبضاعة ما باعه فى الموضع الذى أمر بالشراء فيه وعلى الوجه الذى أمر به فلم يفت الشراء فكان لهذه البضاعة حكم الوديعة وانما يتعلق الضمان به لانه تسلفها وصيرها فى ضمانه فاذا ردها قبل فوات ما أمر به سقط عنه الضمان واختلف أصحابنا فى حاجته الى البينة فى رد ذلك الى حال الوديعة وقد بينت ذلك فى الوديعة بما يغنى عن اعادته وبالله التوفيق

﴿ القضاء فى المستكرهة من النساء ﴾

* حدثنى مالك عن ابن شهاب أن عبد الملك بن مروان قضى فى امرأة أصيبت مستكرهة بصداقها على من فعل ذلك بها قال يحيى سمعت مالكا يقول الأمر عندنا فى الرجل يغتصب المرأة بكرا كانت أو ثيبا انها ان كانت حرة فعليه صداق مثلها وان كانت أمة فعليه ما نقص من ثمنها والعقوبة فى ذلك على المغتصب ولا عقوبة على المغتصبة فى ذلك كله وان كان المغتصب عبدا فذلك على سيده الا أن يشاء أن يسلمه

﴿ القضاء فى المستكرهة من النساء ﴾

ص ﴿ مالك عن ابن شهاب ان عبد الملك بن مروان قضى فى امرأة أصيبت مستكرهة بصداقها على من فعل ذلك بها قال يحيى سمعت مالكا يقول الأمر عندنا فى الرجل يغتصب المرأة بكرا كانت أو ثيبا انها ان كانت حرة فعليه صداق مثلها وان كانت أمة فعليه ما نقص من ثمنها والعقوبة فى ذلك على المغتصب ولا عقوبة على المغتصبة فى ذلك كله وان كان المغتصب عبدا فذلك على سيده الا أن يشاء أن يسلمه ﴾ ش المستكرهة لا يخلو أن تكون حرة أو أمة فان كانت حرة فلها صداق مثلها على من استكرهها وعليه الحد وبهذا قال الشافعى وهو مذهب الليث وروى عن على بن أبى

طالب رضي الله عنه وقال أبو حنيفة والثوري عليه الحدّ دون الصداق والدليل على مانقوله ان الحدّ والصداق حقان أحدهما لله والثاني للمخلوق فجاز أن يجتمعا كالقطع في السرقة وردّها قال مالك وسواء كانت حرة مسلمة أو ذمية أو صغيرة افتضها (مسئلة) وأما ان افتضها بأصبعه ففي كتاب ابن المواز من رواية أبي زيد عن ابن القاسم فيمن افتض بكرا بأصبعه وهي صغيرة أو كبيرة انها كالجائفة وفي ذلك ثلث ديتها وقال محمد وأحب ما فيه الي أن ينظر الى قدر ما نقصها ذلك عند الازواج مثل أن يكون مهر مثلها بكرا مائة ومهر مثلها ثيبا خمسون فيؤدي ما نقص ذلك قال ابن حبيب عن أصبغ لانه جرح وليس بوطء (مسئلة) وان كان الذي افتضها صبيا فافتض صغيرة بذكره أو أصبعه قال ابن المواز فيه في قولنا الاجتهاد بعد رأي الامام ورأي اهل المعرفة وقد حكم فيه عبد الملك بأربعين دينارا وجه ذلك أنه جرح في الوجهين لانه يشين و يزهد في المرأة وان لم يشن الجسد فلذلك صرف الأمر فيه الى اجتهاد الامام (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان النساء على ثلاثة أضرب كبيرة وصغيرة لا تميز وصغيرة تميز فأما الكبيرة فهذا حكمها ان أكرهت وأما ان أمكنت من نفسها فعليها الحدّ ولا شيء لها لانها أباحت ذلك من نفسها وأما الصغيرة التي تميز ففي العتبية من رواية سحنون عن أشهب في الصبية تمكن من نفسها رجلا فيطؤها فان كان مثلها يخدع فعليها الصداق وان كان مثلها لا يخدع فلا صداق لها وان لم تحض (مسئلة) وبماذا يثبت الاكراه ان أقامت بينة به فهو أقوى ما فيه وهذا ما لا خلاف فيه ولا يثبت هذا الاستشهاد أربعة شهداء انه زنا بها مكرهة فهذا الذي يلزمه الصداق لها ويجب عليه الحدّ بشهادتهم ولو شهد شاهدان قال ابن القاسم أو دون أربعة لحدوا بالقذف قال أصبغ لانهما قطعا عليه بالوطء (مسئلة) فان لم يشهد عليه بذلك ولكنه شهد عليه شاهدان باقراره أو أنهما رأياه أدخلها منزله غصبا فغاب عليها فقالت أصابني فقد قال سحنون عن ابن القاسم لها الصداق عليه مع يمينها ورواه ابن المواز عن مالك ولا حدّ عليها ولا على الشاهدين ووجه ذلك قوة الأمر بالبينة تشهد باحتمالها مكرهة والمغيب عليها ثم ما بلغته من فضيحتها فقوي ذلك دعواها واستحقت بيمينها صداقها والله أعلم (فرع) فان نظر اليها النساء فألفينها بكرا ففي كتاب محمد قال أما أشهب فلم ير لها شيأ قال أصبغ وقد قيل لها ذلك ولا يقبل قول النساء في ذلك وجه قول أشهب ان شهادة النساء بالبكارة تبطل ما ادّعته من اصابته اياها ووجه القول الثاني ان النساء فيما في أرحامهن مؤتمنات والحرائر لا ينظر اليهنّ والله أعلم

(فصل) فان لم يشهد لها بالاكراه ولا باحتمالها والمغيب عليها ولكن جاءت متعلقة به وهي تدمى ان كانت بكرا أو لا تدمى ان كانت ثيبا وقد فضحت نفسها ففي كتاب ابن المواز عن عبد الملك وغيره لا تحدّ لمبادرته به ولم يحصل وفي ذلك ثلاث مسائل احداها أن لا تدمى ويكون المقذوف صالحا فقد روى ابن وهب وابن القاسم عن مالك عليها حدّ القذف قولا واحدا والثانية أن تكون تدمى فهذه فيها روايتان روى ابن وهب وابن القاسم عن مالك تحدّ وروى أصبغ عن مالك لا حدّ عليها والمسئلة الثالثة أن تدعي على رجل صالح فهذا لا حدّ عليه رواية واحدة رواها ابن حبيب عن مالك وابن الماجشون ووجه صرف الحدّ عنها انها مضطرة الى أن تخبر عن نفسها بما جنى عليها مخافة أن يظهر بها حمل ولا يسقط ذلك عنها الا بالتعلق به أو بعينه ان كان ممن يليق ذلك به فلما كانت مضطرة الى صرف الرجم والجلد عن نفسها كانت كالرجل يقذف زوجته ويسقط عنه الحدّ لما كان مضطرا الى ذلك لحماية نسبه وكان ما يأتي به من اللعان يقوي دعواه ويصرف الحدّ عنه وكذلك ما تبلغه

المرأة من فضيحة نفسها يقوى دعواها ويصرف الحد عنها ولها مع ذلك معنيان يقويان دعواها أحدهما التعلق به والثاني أن تكون دامية فان اجتمع لها ذلك فقد أتت بأكثر ما يمكن أن تأتي به من جهتها في تقوية دعواها فان قام ذلك مع صلاح المدعى عليه ثبت الخلاف المذكور عن مالك وأصحابه وجه اثبات الحد عليها ان صلاحه المشهور يشهد له ولم يوجد من خلوه بها على وجه التعدي منه ما يشهد لها وكل موضع تشهد فيه الخلوة بالوطء فانه لا تقوم مقامه الدعوى كخلوة الزوج بالزوجة ووجه القول الثاني بنفي الحد عنها ما يظهر بها من الدم الذي يدل على حدوث ما حل بها مع تعلقها به وهذه معان ظاهرة فيما تدعيه من الظلم لها مع ان هذا غاية ما يمكنها وضرورة صرفها الى حد الزنا عنها ان ظهر بها حمل * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه وهذا عندي يجب أن يكون حكم الثيب التي لا تدمى لانها محتاجة الى مثل ذلك في صرف حد الزنا عنها بما تتوقعه من ظهور الحمل بها والله أعلم وأحكم (فرع) واذا كان متهما فانه يعاقب ولا يحد هي اذا كانت بكرا تدمى سواء كان معها أو لم يكن بحضرة ذلك أو بغير حضرته وجه ذلك ان ابتداءها بالتشكي مع ما يصدق من ظهور دمها يقوى دعواها (مسئلة) وليس عليها حد الزنا لاقرارها بمجامعة الرجل لها ولو ظهر بها بعد ذلك حمل لان ما بلغته من فضيحة نفسها بالاستغاثة والتشكي مما جنى عليها شبهة في اسقاط الحد عنها في القذف فبأن يسقط عنها في حقوق الباري تعالى أولى (مسئلة) وليس على المدعى عليه ان حلفت حد الزنا لان ذلك من حقوق الباري فلا يثبت الا ببينة وعليه ان كان متهما الأدب رواه ابن حبيب عن ابن الماجشون وكذلك ان لم يكن يعرف بسمه ولا حلم قال ابن حبيب ان كان متهما أدب أدبا وجيعا كانت تدمى أو لا تدمى قال عبد الملك وان كان ممن لا يليق ذلك به فلا حد عليه ولا أدب ولا عقاب (مسئلة) ولها صداق المثل عليه ان كان متهما أو لم يعرف حاله قاله ابن الماجشون وأشهب زاد ابن حبيب عن ابن الماجشون وان كان ممن لا يليق ذلك به فلا صداق لها وقال ابن المواز عن ابن القاسم لا صداق لها وان كان من أهل الدعارة الا أن يشهد رجلان أنه احتملها وخلا بها فيكون لها الصداق اذا ادعت وجه القول الأول ان وجوب الصداق متعلق بدعواها مع ما بلغته من فضيحة نفسها وأما الخلوة بها فغير موجب لذلك لانه لو خلا بها ولم تدع اصابة لم يجب عليه صداق ووجه قول ابن القاسم انه لم يثبت ما يقوى دعواها وانما وجد منها مجرد الدعوى فلا تستحق بذلك صداقا كما لو ادعت المرأة على الزوج الاصابة دون ثبوت الخلوة فلا يجب لها صداق ولو ادعته مع ثبوت الخلوة لوجب لها الصداق (مسئلة) وهل يشترط يمينها في استحقاقها الصداق أصحاب مالك يقولون لا يجب لها الصداق الا بيمينها وروى ابن حبيب وابن المواز عن مالك اذا أتت متعلقة به فلها الصداق بلا يمين سواء كانت بكرا تدمى أو ثيبا لا تدمى وجه القول الأول ان دعواها ثبتت بما فارقتها فلا تستحق بها شيأ الا بيمينها لانه لم تثبت شئ من دعواها ووجه القول الثاني ان ما بلغت بنفسها لما أسقط عنها حد القذف وحد الزنى أوجب لها الصداق كالبينة بما فارقتها

(فصل) وقوله ان كانت حرة فلها صداق مثلها وان كانت أمة فعليه ما نقص من ثمنها تقدم الكلام في الحرة والكلام ههنا في الأمة وذلك ان من وطئ أمة غيره فان أكرهها فلا خلاف في المذهب ان عليه ما نقصها بكرا كانت أو ثيبا ويريد بالثمن في هذا الموضع القيمة وفي العتبية من رواية أشهب عن مالك في الأمة الفارهة تتعلق برجل تدعي انه غصبها نفسها قال الصداق عليه لما بلغت من فضيحة نفسها بغير يمين عليها كانت بكرا أو ثيبا قال يريد في عدم ما نقصها في الحد وقد اختلف في الزامه نقص الأمة

وصداق الحرة بهذا (مسئلة) فان طاوعته الأمة فقد قال ابن القاسم في المدونة عليه ما نقصها وقال غيره لاشئ عليه وجه قول ابن القاسم ان الصداق حق للسيد فلا يسقط باباحة الأمة كما لو أباحت له قطع يدها ووجه قول الغير انها محجور عليها فباباحتها الوطء سقط المهر كالبكر

(فصل) وقوله والعقوبة في ذلك على المغتصب ولا عقوبة على المغتصبة يريد على المغتصب ان ثبت ذلك عليه ببينة أو باقرار المرأة على ما تقدم ولا عقوبة على المغتصبة لان المكرهة في الزنى لا حد عليها وأما المكره على أن يزنى فقال مطرف وسحنون لا يحل له ذلك وان هدد بالقتل فان فعل حد قال سحنون لانه لا ينتشر لذلك الا بلذة وأما المرأة فلا حد عليها * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه والظاهر عندي خلاف هذا لانه قد يشتهي الانسان الخمر وأخذ مال غيره و يمتنع منه لله تعالى فاذا أكره عليه لم يفعله لالتذاذ به وانما يفعله للاكراه ولا يملك الانسان أن لا ينتشر ولو ملكه وفعله باختياره لكان بمنزلة تجرعه الخمر وغير ذلك مما يشتهيه و يمتنع منه لله تعالى فاذا أكره عليه كان له فعله ولم يوجب الحد التذاذه به والله أعلم وقد يحتمل أن يستدل على ذلك بان ما يوجب القتل من الافعال على وجه الاختيار يوجبه مع الاكراه كقتل المسلم ولا يلزمه على هذا الكفر لأنه ليس بفعل وانما هو اخبار عما في نفسه فاذا كان قلبه مطمئنا بالايمان فأكثر ما فيه انه كذب والله أعلم

(فصل) وقوله وان كان المغتصب عبدا فذلك على سيده الا أن يشاء أن يسلمه يريد أن العبد ان أكره حرة فصداق الحرة وما نقص الامة يغرمه السيد ومعنى ذلك ان جنايته متعلقة برقبته لأن سيده مخير بين ان يفتكه بالجناية بالغة ما بلغت أو يسلمه ولا شئ عليه غير ذلك فيكون ملكا لمن جنى عليه وهذا اذا ثبت عليه ذلك ببينة * وقال مالك في كتاب ابن المواز وما لزمه من صداق الحرة ونقص الامة في رقبته و يقبل اقرار العبد فيه بفور ما فعل ذلك وهي متعلقة به تدمى فأما ما فعل ذلك وهي متعلقة به تدمى بعد من فعله فلا يقبل قوله فيما يلحق برقبته * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه ووجه ذلك عندي أن كل موضع تستحق فيه الحرة الصداق بيمينها فانها مستحقة في رقبة العبد ولا تأثير لقول العبد عندي وذلك ان اقرار العبد انما يقبل فيما يتعلق من الحدود بجسده فأما فيما يخرجه عن ملك سيده الى ملك غيره فلا يقبل فيه قوله (مسئلة) وان كان الواطئ ذميا ففي كتاب ابن المواز ان أكرهها قتل كنقض العهد في المحصنات المسلمات وقاله الليث قال ابن المواز وقد قتل أبو عبيدة ذميا استكره مسلمة وقد قال سحنون عن ابن القاسم في العتبية اذا اغتصب النصراني حرة مسلمة قتل وروى عن ابن وهب ان اغتصبها صلب وجه ذلك ان اغتصابه المسلمة وتغلبه عليها نقض للعهد وتغليظ لحق الله تعالى فوجب عليه القتل (فرع) و بماذا يثبت اغتصابه قال سحنون عن ابن القاسم بأربعة شهداء وقد كان يقول يثبت بشهادة رجلين ثم رجع الى هذا و به قال سحنون وجه اعتبار الاربعة ما احتج به سحنون من ان القتل لا يثبت الا بالوطء ولا يثبت الوطء الا باربعة و وجه القول الثاني أن الاعتبار بالاكراه ولذلك لو لم يكن الاكراه لم يجب القتل والاكراه يثبت بشهادة رجلين (مسئله) فان طاوعته فقد قال مالك في الموازية تحد هي و ينكل هو والنكال في هذا مثل ضعفي الحد وأكثر وقال ابن وهب يجلد جلدا يموت منه وان استكره أمة مسلمة قال ابن المواز لا يقتل لأنه لو قتلها لم أقتله وفيه اختلاف وهذا أحب الي لما جاء لا يقتل حر بعبد وقال مالك وعليه في الامة ما نقصها في البكر والثيب وهذا كله فيما يجب عليه بحق الاسلام وأما ما يلزمه من الحد ففي المدونة يرد الى أهل ذمته و وجه ذلك انه انما عقدت لهم الذمة لتنفذ بينهم أحكامهم

وشرائهم والله أعلم وتقرر هذا في الحدود مستوعبا وبالله التوفيق لا رب غيره وهو حسبنا ونعم الوكيل

﴿ القضاء في استهلاك الحيوان والطعام وغيره ﴾

ص ﴿ قال يحيي وسمعت مالكا يقول الامر عندنا فمن استهلك شيأ من الحيوان بغير اذن صاحبه ان عليه قيمته يوم استهلكه ليس عليه أن يؤخذ بمثله من الحيوان ولا يكون له أن يعطى صاحبه فيما استهلك شيأ من الحيوان ولكن عليه قيمته يوم استهلاكه القيمة أعدل ذلك فيما بينهما في الحيوان والعروض ﴾ ش وهذا على حسب ما قال ان من استهلك شيأ من الحيوان ان عليه قيمته وكذلك العروض وكذلك كل ماليس بمكيل ولا موزون ولا معدود ومعنى قولنا معدود أن تستوي آحاد جملته في الصفة غالبا كالبيض والجوز كما تستوي حبوب القمح والشعير من المكيل وآحاد العنب الموزون وأما جملة الحيوان من الرقيق والخيل وان استوى عددا فان آحاد جملته لا تستوى بل تتباين ولذلك يجوز أن يشترى عددا من جملة البيض والجوز غير معين ويكون للبائع تعيينها دون خيار يثبت لواحد منهما بشرط ولا يجوز أن يكون له بالقسمة والتعيين غير ذلك العد وأما الرقيق والثياب فلا يجوز أن يشترى منها عددا من الجملة الا بالتعيين أو شرط الخيار لواحد منهما أو بمعنى الجزء الشائع فيحصل للمشترى بالقسمة على القيمة ذلك العدد أو أقل أو أكثر ولا يعتدله في القسمة من جهة أعيانه وانما يعتدله من جهة قيمته والمكيل والمعدود والموزون وانما يقسم بما يعتبر به من كيل أو وزن أو عدد يتعلق بعينه دون قيمته فعلى هذا كل ماليس بمكيل ولا موزون ولا معدود من استهلك شيأ منه فانما عليه قيمته وقال أبو حنيفة والشافعي مثله وقد روى ذلك عن مالك والاول هو الصحيح المشهور عنه والدليل على ما نقوله ما احتج به بعض شيوخنا البغداديين وهو ما روى أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من أعتق شركا له في عبد قوم عليه قيمة عدل ان كان له مال ودليلنا من جهة المعنى ان القيمة أعدل لانها تستوعب جميع صفاته ولا يكاد يجد مثل ما أتلف على جميع صفاته ودليلنا من جهة المعنى أيضا ان ما لا يجوز الجزاف في عدده سيعه فانه لا يجب باتلافه المثل كالدور وقد احتج في ذلك من لم يمعن النظر بحديث حميد عن أنس ان النبي صلى الله عليه وسلم كان عند بعض نسائه فارسلت احدى أمهات المؤمنين بقصعة فيها طعام فضربت بيدها النبي وفي بيتها فكسرت القصعة وقد كان احتج به على بعض من يتعلق بذلك في بلدنا ثم رأيت غيره قد أدخله في تأليفه فخشيت أن يكون قد ذهب عليه وجه تأويله فلذلك أوردته وأوردت بعض ما كنت جاوبت به عنه وذلك ان البيت الذى كان فيه صلى الله عليه وسلم بيته والظاهر ان ما فيه له لا سيما ما يستخدم ويستعمل وكذلك البيت الذى وردت منه الهدية فيحتمل أن تكون القصعتان للنبي صلى الله عليه وسلم لكنه أرسل القصعة الصحيحة الى بيت التي أرسلت بها مع صاحبتها وأبقى المكسورة في بيت التي كسرتها تشعبها وتنتفع بها بدلا من الصحيحة التي أخذت منها ولو سلمنا ان القصعتين للمرأتين لم يكن في ذلك حجة اذا اتفق الجاني والمجني عليه على الرضا بها وانما يجب ما ذكرناه من القيمة اذا أبيا ذلك أو أباه أحدهما ويحتمل أن يكون النبي صلى الله عليه وسلم رأى ذلك سدادا في الأمر فرضيته التي هو في بيتها وانتقل الى الأخرى فرضيته وليس في الأمر ما يدل على ان احداهما أبت ذلك فحكم به فالحديث لا يتناول موضع الخلاف بوجه والله أعلم وأحكم (مسئلة) اذا ثبت ذلك فانه لا لك الحيوان

﴿ القضاء في استهلاك الحيوان والطعام وغيره ﴾ * قال يحيي سمعت مالكا يقول الأمر عندنا فيمن استهلك شيأ من الحيوان بغير اذن صاحبه أن عليه قيمته يوم استهلكه ليس عليه أن يؤخذ بمثله من الحيوان ولا يكون له أن يعطى صاحبه فيما استهلك شيأ من الحيوان ولكن عليه قيمته يوم استهلاكه القيمة اعدل ذلك فيما بينهما من الحيوان والعروض

والعروض على ضربين أحدهما أن يستهلك الجملة والثاني أن يستهلك البعض واستهلاك الكل على قسمين أحدهما أن يتقدم على الاستهلاك غصب أولا يتقدم عليه غصب فاذا تقدم عليه غصب فان الضمان يتعلق بالغصب دون الاستهلاك لانه لو انفرد الغصب لضمن وقد روى ابن وهب عن مالك في المجموعة فيمن غصب عبدا فمات من وقته من غير سبب فانه ضامن له بتعديه وقاله ابن القاسم فيمن غصب دارا فلم يسكنها حتى انهدمت انه ضامن لقيمتها خلافا لأبي حنيفة في قوله ان مالا يصح نقله كالأرضين والعقار فانه لا يضمن بالغصب والدليل على ما نقوله ان هذا معنى يضمن به ما ينقل ويحول فضمن به ما لا ينقل ولا يحول كالاتلاف والاستهلاك وقاله أشهب وان هلك بأمر من الله سبحانه وتعالى وجه ذلك ان الغصب تعد يضمن به الغاصب فعليه أن يرد ما غصب ويسلمه الى صاحبه فان لم يفعل وفاته ذلك فعليه بدله من مثل أو قيمة ان كان مما لا مثل له (مسئلة) ومن غصب أم ولد رجل فماتت عنده ففي العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم يضمن قيمتها على انها أمة لا عتق فيها وقال سحنون في المجموعة لا يضمن ويضمن ولد أم الولد وجه القول الأول انها محبوسة بالرق فضمنت بالغصب كالامة ولان ابنها له حكمها وقد أجمعنا على انه يضمن بالغصب فكذلك الأم ووجه قول سحنون ان أم الولد لا يصح بيعها بوجه ولا تسلم في جناية فلم يضمنها بالغصب كالحرة وفرق بين أم الولد وبين ولدها بان أم الولد لا تسلم في الجناية ولا تستخدم وولدها يستخدم ويسلم في الجناية فالغاصب له قد حبس منافعه فلزمه ضمانه

(فصل) وان أدرك المغصوب منه عين ماله فلا يخلو أن لا يدخله تغيير أو يدخله تغيير فان لم يدخله تغيير فليس له الا عين ماله ولا يؤثر في ضمانه تغيير الأسواق بزيادة أو بنقصان ولا طول مدة وان كانت سنين كثيرة رواه في المجموعة ابن القاسم عن مالك وان تغير الأسواق لا يؤثر في حيوان ولا غيره وجه ذلك ان حوالة الأسواق غير مؤثرة في عين ما غصبه الغاصب فلا يؤثر في ضمانه (مسئلة) ومن غصب شيأ من ذلك في بلد فوجده صاحبه بغير ذلك البلد ففي المجموعة من رواية سحنون عن ابن القاسم عن مالك ان له أن يأخذ العبيد والدواب حيث وجدهم ليس له الا ذلك وقال أشهب في الحيوان والعروض ان له أن يأخذه حيث وجده أو يأخذ قيمته منه حيث غصبه وسيأتي بيان ذلك ان شاء الله تعالى ووجه قول مالك ان هذا مما ينتقل غالبا بغير مؤنة على الناقل فلا مضرة في ذلك على الغاصب لانه لم يتمون في نقله الا ما كان يتمون في مقامه وكذلك صاحبه لا مضرة عليه في رده ولا مؤنته بخلاف العروض وجه قول أشهب انه مغصوب نقل فثبت فيه الخيار لصاحبه كالعروض (مسئلة) وأما البز والعروض فربه مخير بين أخذه بعينه أو قيمته حيث غصبه وقاله أشهب قال سحنون البز والرقيق سواء انما له أخذه حيث وجده ما لم يتغير في يديه وجه القول الاول انه قد ينقصه نقله من بلد الغصب الى غيره وذلك بفعل الغاصب فكان له مطالبته بالقيمة ووجه قول سحنون ما احتج به من انه نقص لا تأثير له في البدن فلم يوجب الخيار للمغصوب منه كحوالة الأسواق (فرع) فان أخذه بغير بلاد الغصب فلا كراء عليه ولا نفقة ولا على الغاصب رده قاله أصبغ ولأشهب نحوه وقال المغيرة في المجموعة فيمن تعدى على خشب رجل فحمله من عدن الى جدة بمائة دينار فان كان تعديا فلرب السلعة أن يكلفه رده الى عدن أو يأخذه حيث وجده ووجه ذلك انه وجد عين ماله على صفته فلم يكن له الا أخذه ولما نقله عن مكانه الغاصب كان عليه رده كما لو نقله الى مكان قريب (مسئلة) وأما تغير البدن ففي كتاب ابن المواز عن ابن القاسم في الأمة تتغير عنده

الغاصب نقصا يسيرا أو كثيرا فان لصاحبها أن يأخذها أو يضمنه قيمتها قال ابن القاسم وهو مما حدث له عند الغاصب فوت قال أشهب سواء كان ما أصابها من الهرم كثيرا أو يسيرا مثل انكسار اليدين ونحوه فان لصاحبها أن يضمنه القيمة ان شاء قال القاضي أبو محمد وهذا اذا كان ما دخلها من النقص بأمر من الله تعالى لا بفعل الغاصب وليس للمغصوب الا أخذها بغير ارش أو يضمنه قيمتها وليس له أخذها وما نقص لان الغاصب لم يضمن ما حدث بانفراده وانما يضمنه بضمان الجملة وأما ان كان ما نقص بفعل الغاصب فهل له أخذ الارش فيه خلاف قال ابن القاسم له ذلك وقال سحنون وابن المواز ليس له ذلك وانما له أخذها ناقصة بغير ارش أو اسلامها وأخذ قيمتها يوم الغصب وجه قول ابن القاسم انها جناية على ملك غيره كالمبتدأة ووجه القول الثاني انه مضمون بالغصب ولذلك لا يضمن بقيمته يوم الجناية وانما يضمن بقيمته يوم الغصب * قال القاضي أبو الوليد رضي الله عنه وقد وجدت لسحنون انه يضمن بقيمته يوم الجناية في العمد والله أعلم (مسئلة) ومن اغتصب وديا من النخل أو شجرا صغارا فغرسها في أرضه فكبرت ففي كتاب ابن المواز عن مالك لربها أخذها وكذلك الحيوان أو الرقيق يكبر وقال سحنون انما يحكم بقلع النخل اذا كان مما يعلق ان قلعت وغرست ووجه ذلك ان هذه زيادة في الرقيق فيقتضي انه ليس له غير حيوانه ورقيقه كالو سمنت وأما النخل والشجر فعندي ان الغاصب ان كان قلعها وقد علقت فان له أن يأخذ شجره أو يضمنه القيمة لانه ليس على ثقة أن تعلق ان قلعها وغرسها وان كان انما أخذها مقلوعة فهو بمنزلة الحيوان لا خيار له وانما يجب له الخيار في موضع النقص وقد قال ابن القاسم وأشهب فيمن غصب خمرا فخللها فليس لصاحبها الا أخذها وقال أشهب الا أن يكون صاحبها ذميا فله أن يأخذها أو يضمنه قيمتها خمرا يوم الغصب وجه ذلك انه اذا كانت الخمر لمسلم فقد زادت بالتخلل ولم تنقص في حقه فلم يكن له الا عين ماله وان كانت لذمي فقد نقصت في حقه بالتخليل فلذلك كان له الخيار والله أعلم (مسئلة) واذا غاب الغاصب عن الجارية ولم يعلم انه وطئها فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون ان صاحبها بالخيار بين أن يأخذها أو يضمنه قيمتها قاله مالك وجميع أصحابه قال ابن حبيب ولسنا نقول ذلك في الرقيق المذكور ولا في الدواب ومعنى ذلك انه لا يؤمن على الغاصب أن يصيبها وذلك ينقص ثمنها وقال أصبغ وانما ذلك في الجارية الرائعة (مسئلة) اذا ثبت ذلك فان القيمة الواجبة في الغصب هي قيمة السلعة يوم الغصب سواء زادت بعد ذلك عند الغاصب أو نقصت قاله مالك وأصحابه وقد قاله ابن القاسم وأشهب في الموازية فيمن غصب جارية صغيرة تساوي مائة فلما كبرت وصارت قيمتها ألفا ماتت فانه يضمن قيمتها يوم الغصب قال أشهب فيمن جرح عبدا قيمته مائة دينار فات وقيمته ألف فانه يضمن قيمته يوم الجرح وهذا اذا ماتت بغير فعل الغاصب فاما ان ماتت بسببه مثل أن يقتلها وقد زالت فقد قال ابن القاسم وأشهب لا يضمن الا قيمتها يوم الغصب وقال سحنون في المجموعة القتل فعل ثان وقال ان له أخذه بالقيمة يوم القتل ثم رجع الى قول ابن القاسم وأشهب قال ابن القاسم وأشهب ولو باعها وهي تساوي ألفين بألف وخمسمائة لم يكن له الا قيمتها يوم الغصب (مسئلة) ولو فقأ الغاصب عمدا أو خطأ عين الجارية أو قطع يدها فليس لربها الا قيمتها يوم الغصب أو يأخذها ولا شئ له وقاله ابن المواز وقال ابن القاسم في الموازية والمجموعة وغير موضع له أن يأخذها وما نقصها قال الشيخ أبو محمد يريد يوم الجناية قال سحنون وهذا خلاف ما قاله ابن القاسم في القتل ان عليه قيمتها يوم الغصب فيأخذها ومثل قيمتها أو أكثر فيأخذ في اليد ما لا يأخذ في النفس وانما له

أخذها بالسقط أو قيمتها يوم الغصب وقد تقدم في القتل لسحنون مثل قول ابن القاسم في قطع اليد ثم رجع عنه

(فصل) وأما ان عرا الاستهلاك والتعدي من الغصب فانما له القيمة يوم الاستهلاك وقد قال مالك في المجموعة فيمن تعدى فوطئ أمة رجل وقيمتها مائة فهلكت أو لم تحمل ثم قام صاحبها وقيمتها خمسون فعليه قيمتها يوم الوطء وهي في ضمانه من يومئذ وعليه في الغصب قيمتها يوم الغصب لا ينظر الى ما بعد ذلك وجه ذلك ان الغصب معنى تضمن به فلا ينظر الى ما حدث بعده وأما التعدي فلم يتقدمه ما يوجب الضمان فكان ذلك أول حال الضمان فكان الاعتبار به (مسئلة) وأما ان استهلك بعض العين أو أدخل عليها نقصا فلا يخلو أن يكون يسيرا أو كثيرا فان كان يسيرا فان لصاحبها أخذها وقيمة ما نقصت الجناية منها قال ابن المواز ولم يختلف في هذا قول مالك وابن القاسم وأشهب كانت جنايته خطأ أو عمدا ويخالف ذلك الغاصب فانه يلزمه الضمان بالفساد اليسير لتقدم الغصب الموجب للضمان وقد قال ابن المواز وأشهب عن ابن القاسم فيمن كسر قصعة أو قفها أو شق ثوبا أو كسر سرجا فان في النقص الكثير قيمته وفي اليسير ما نقصه قال أشهب بغير خياطة ورواه عن مالك وقال ابن القاسم بعد رفوه ومعنى ذلك عندي ما يليق بالثوب من خياطته أو رفوه وهذا عندي اذا كان اليسير لا يبطل المنفعة المقصودة من الحيوان فاذا بطلت المنفعة المقصودة منه لزم الجاني جميع قيمته وقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ في الذي يقطع ذنب فرس أو حمار فاره أو بغل مما يركب مثله ذو والهيآت فانه يضمن جميع قيمته لانه أبطل الغرض فيه بخلاف العين والأذن وهذه المسئلة ذكرها القاضي أبو محمد وغيره من أصحابنا البغداديين وسوى بين الأذن والذنب في ذلك وهو الأظهر خلافا للشافعي وأبي حنيفة في قولهما انما في ذلك ما بين القيمتين والدليل على ما نقوله ما احتج به القاضي أبو محمد انه أتلف بهذه الجناية الغرض المقصود من هذه العين فلزمه ضمانها كما لو أتلف جميعها (مسئلة) ومن تعدى على شاة فقل لبنها فقد روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون ان كان عظم ما يراد اليه اللبن فعليه قيمتها ان شاء ربها وان لم تكن غزيرة اللبن فانما يضمن ما نقصها وأما البقرة والناقة فانما يضمن ما نقصها وان كانت غزيرة اللبن لان فيها منافع غير اللبن وقاله أصبغ (مسئلة) ومن قطع يد عبد غيره أو فقأ عينه قال أشهب في المجموعة والموازية ان عليه ما نقصه فجعل قطع اليد أو فقء العين في حيز اليسير وقال وأما قطع اليد الواحدة في البهائم فيبطل جل منافعها أو جميعها أن عليه القيمة وأما فقء العين وقطع الأذن أو الذنب أو كسرها كسرا ينجبر فيه فان عليه ما نقصها وقاله مالك وعمر بن عبد العزيز وأبو الزناد وروى في المجموعة أشهب عن ابن كنانة عن مالك في قطع يد العبد وفقء العين أن ربه مخير بين أخذ ما نقصه أو يضمنه قيمته فجعله في حيز الكثير وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون فيمن قطع يد عبد فان كان صانعا وعظم قدره لصنعته ضمنه وان لم يكن صانعا فقيمة ما نقصه وان كان تاجرا نبيلا أو أما فقء العين ففيه ما نقصه وان كان صانعا

(فصل) وأما اذا كان الفساد كثيرا فقد قال ابن القاسم وأشهب في المجموعة والموازية فيمن كسر قصعة أو سرجا أو قفها أو شق ثوبا أن في النقص الكثير قيمته (مسئلة) ومن قطع يد عبد أو رجليه أو فقأ عينه فقد قال أشهب في المجموعة والموازية يلزمه قيمته وقاله ابن كنانة عن مالك وكذلك ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون قال أشهب في كتاب محمد الا أن يرى انه بعد العمى وقطع

اليدين لم تذهب أكثر منافعه وروى أشهب عن ابن كنانة عن مالك فيمن قطع يد عبد عمدا أو فقأ عينه عمدا خير ربه بين أخذ ما نقصه أو يضمنه جميعه قال أشهب اذا أذهب قطع يده الواحدة أكثر منافعه فليس لسيده الا قيمته وان لم يذهب أكثر منافعه فربه مخير كما قال مالك فعلى هذا يتنوع الفساد عند مالك نوعين يسير يجب به ما نقص وليس له تضمينه وكثير اختلف قوله فيه فمرة قال ليس له الا القيمة وهو الذى روى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون فيمن قطع رجلى عبد أو يديه أو فقأ عينيه فقد لزمته قيمته كلها وليس لسيده أن يختار امساكه ويأخذ ما نقصه وكذلك غير العبد من عرض أو غيره ومرة قال هو مخير بين أخذه وما نقص أو أخذ قيمته قال ابن المواز والى هذا رجع مالك فى الفساد الكثير ويتنوع الفساد عند أشهب الى ثلاثة أنواع أحدها يسير ليس الا ما نقص والثانى أن ينقص الكثير ولا يذهب أكثر المنافع فهذا يكون صاحب السلعة مخيرا على ما ذكر وأما اذا أتلف أكثر المنافع فليس لصاحبه الا القيمة وقد قال أشهب فى الثوب والعبد اذا كان له تضمينه القيمة بكثرة الفساد فليس له أن يأخذه ويأخذ ما نقصه وانما له أخذه بحاله ولا شئ له غيره أو يلزمه قيمته جميعه وكذلك ذابح الشاة فليس لصاحبها أن يأخذها لحما ويأخذ ما نقصها قال ابن المواز وهو أحب الى لانه لما لزمته القيمة لم يكن له أن يأخذ القيمة عن غير العين الذهب أو الورق وليس له أن يأخذ سلعته وبعض القيمة ولا يأخذ غير القيمة الا باجتماع منهما على أمر جائز الا أن يرضى صاحب السلعة أن يأخذها ناقصة دون شئ فذلك له واحتج أشهب انه كما ليس له أن يضمنه فى اليسير كذلك ليس له فى الكثير أن يأخذ سلعته وما نقصه ص * قال يحيى وسمعت مالكا يقول فيمن استهلك شيأ من الطعام بغير اذن صاحبه فانما يرد على صاحبه مثل طعامه بمكيلته من صنفه وانما الطعام بمنزلة الذهب والفضة انما يرد من الذهب الذهب ومن الفضة الفضة وليس الحيوان بمنزلة الذهب فى ذلك فرق بين ذلك السنة والعمل المعمول به * ش وهذا على حسب ما قال ان من استهلك شيأ من الطعام تعديا فان عليه مثله فى الكيل والصفة وهذا اذا كان معلوم الكيل وكذلك ما يوزن ويعد على ما قدمناه فان كان غير معلوم القدر فان عليه قيمته كحوز صبرته ويكون عليه قيمتها لانه لو دفع اليه مثل ما حوز فيها لم يأمن أن يدفع اليه عن صبرته حنطة أكثر منها أو أقل فيؤدى الى التفاضل فى الطعام (فرع) وهذا قبل الحكم عليه بالقيمة فأما اذا حكم عليه بالقيمة فقد روى سحنون عن أشهب فى العتبية فيمن غصب صبرة قمح فأراد الغاصب أن يصالح منها على كيل من القمح فان كان قد ألزم الغاصب القيمة بحكم أو صلح فلا بأس أن يأخذ منه بتلك القيمة كيلا من القمح وأما قبل ذلك فلربها أن يقيم البينة انها عشرون اردبا ويأخذ ذلك الا أن يصالحه من المكيل على ما لا شك فيه يريد لا شك انه أقل من حقه قال وكذلك من غصب خلخالا فضة ويلزمه قيمتها من الذهب (مسئلة) ومن خلط قمحا لرجل بشعير لغيره ضمن لكل واحد منهما مثل طعامه قاله ابن القاسم وأشهب وجه ذلك انه قد أتلف عين طعام كل واحد منهما ومنعه الوصول الى قبضه (فرع) فان لم يكن للجانى مال بيع الطعام المخلوط واشترى من ثمنه لكل واحد منهما مثل طعامه قاله أشهب قال فان فضل شئ فللجانى وان نقص شئ فعليه الا أن يشاء صاحبا الطعام أن يتركا طلب الجانى ويأخذا الطعام ويقتسمانه بينهما وقد جوزه ابن القاسم وأشهب واختلفا فى صفة الاشتراك فيه فقال ابن القاسم يشتركان فى الطعام المختلط أحدهما بقيمة قمحه والآخر بقيمة شعيره وقال أشهب لا يجوز أن يشتركا فيه الا على السواء ان كانت مكيلة طعاميهما سواء ولا يجوز على التفاضل فيه لأن ذلك

قال يحيى وسمعت مالكا يقول فيمن استهلك شيأ من الطعام بغير اذن صاحبه فانما يرد على صاحبه مثل طعامه بمكيلته من صنفه وانما الطعام بمنزلة الذهب والفضة انما يرد عن الذهب الذهب وعن الفضة الفضة وليس الحيوان بمنزلة الذهب فى ذلك فرق بين ذلك السنة والعمل المعمول به

يؤدي الى التفاضل بين القمح والشعير وقال سحنون ليس لهما أن يتركاه للغاصب ويأخذا الطعام المختلط على التساوي ولا على القيمة (مسئلة) ولو خلط زيتا بسمن أو سمن بقر بسمن غنم يضمن ماضاع منه ومابقي ولو خلط نوعا واحدا كزيت بزيت أو سمنا بعسل أو بزيت أو سمنا بسمن فضاع بعضه ضمن ماضاع ومابقي ولصاحبي ذلك أن يقتسماه بشطرين أو بدعاه وما كان من جنسين كالسمن والعسل فلهما أن يصطلحا فيه على الثلث والثلثين كان أحدهما باع ثلث سمنه بثلثي عسل صاحبه قال ذلك أشهب وجه ذلك ان خلط النوع الواحد جناية على من خلط ماله بمال غيره لاسيما أن التساوي المحقق في الاغلب غير موجود فلذلك لزمه الضمان فاذا كان مما لا يجوز بينهما التفاضل لم يجز أن يقتسماه عند أشهب الا على التساوي لأن التفاضل يحرم فيه وان كانا مما يجوز فيه التفاضل كالعسل والسمن جاز ان يقتسماه على ما يتراضيان عليه لأن التفاضل فيهما غير ممنوع والله أعلم وقد تقدم قول ابن القاسم وسحنون في مثل هذا (مسئلة) وهذا فيما لا يمكن تمييز بعضه من بعض فأما ما يمكن فيه ذلك فقد قال أشهب فيمن خلط جوز رجل بحنطة آخر انه لا يضمن لأنه يقدر على تخليص ذلك بلا مضرة على القمح والجوز قال وكذلك خلط الجوز بالرمان والرمان بالاترج والتفاح الا أن يكون خلطهما يفسد أحدهما فيضمن الذي يفسد بالخلط وان كانا يفسدان بذلك ضمنهما ولو تلفا قبل الفساد قال ابن المواز كيف يضمنهما قبل أن يفسدا والخلط ليس بموجب للضمان وانما يوجبه الفساد (مسئلة) ومن غصب قمحا فطحنه قال ابن القاسم في المجموعة عليه مثله وقال أشهب في غيرها يأخذ صاحب القمح دقيقه ولا شئ عليه في طحينه وأصل ابن القاسم في هذا مخالف لأصل أشهب وذلك أن ابن القاسم يقول ان الغاصب اذا صنع فيما غصب صناعة لم يكن للمغصوب منه أن يأخذ ذلك الا بان يدفع الى الغاصب قيمة تلك الصناعة والا ضمنه ما غصبه اياه فان كان ثوبا صبغه الغاصب كان لصاحبه أن يدفع اليه قيمة صبغه أو يضمنه قيمة ثوبه وان كان مما له مثل فكذلك يدفع اليه قيمة صناعته أو يأخذ منه مثل ماله ولا يجوز ذلك في الحنطة لأنها حنطة ودراهم بدقيق ولا يجوز فيهما التفاضل وأشهب يقول ان ما يصنعه الغاصب في ذلك كله يبطل وللمغصوب منه أن يأخذ الثوب ولا يعطيه قيمة الصبغ ويأخذ الحنطة ولا يعطيه قيمة الطحن واتفقا في المجموعة على انه من غصب حنطة فطحنها سويقا ولتة فليس لربها أخذ ذلك فان لم يكن للغاصب مال بيع السويق فاشترى من ثمنه مثل الحنطة فافضل فللغاصب ومانقص اتبع به قال أشهب وليس كذلك الثوب يصبغ والثوب يقطع والعمود يدخل في البنيان لأن اسم ذلك قائم بعد واسم القمح قد زال وانتقل الى اسم السويق قال سحنون كل ماغير حتى يصير له اسم غير اسمه فليس له أخذه وهو فوت وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون ان لرب الحنطة أن يأخذها اذا طحنها الغاصب سويقا أو يضمنه مثلها ولا حجة للغاصب في الصنعة لما روي انه ليس لعرق ظالم حق واتفق أشهب وابن القاسم على أن من غصب ثوبا فجعله ظهارة أو بطانة لجبة أو جعله قلانس فان لربه فتقه وأخذه أو أخذ قيمته وذلك انه عند أشهب لم ينتقل عن اسمه وعند ابن القاسم ليس فيه غير صناعة يجب على صاحب الثوب قيمتها (مسئلة) ومن غصب عمودا أو خشبة فأدخلها في بنيانه فان لصاحبها أن يأخذها وان خرب البنيان قاله مالك وأشهب وابن القاسم ولو عمل الخشبة بابا لم يكن له أن يأخذه * قال مالك لأنه لا يقدر أن يعيده الى ما كان عليه وعلى قول أشهب قد انتقل عن اسم الخشبة الى اسم الباب وليس له أخذ الباب دون غرم قيمة الصنعة ولا أن يأخذه ويدفع قيمة الصنعة لأنه قد حال الى غير ما كان عليه قال وكذلك

الحنطة تطحن خبزا والطين فخارا (مسئلة) ومن غصب فضة فصاغها حليا أو ضربها دراهم أو غصب دراهم فصاغها حليا أو غصب حليا فكسره وصاغ منه حليا آخر يخالفه أو نحاسا فصنع منه آنية أو حديدا فصنع منه سيوفا أو آنية فقد قال أشهب وابن القاسم ليس لرب المال هذا أخذ ذلك وله مثل وزن فضته ونحاسه وحديده ومثل دراهمه وقيمة الحلي قال أشهب وليس له أن يعطيه قيمة الصنعة لما في ذلك من التفاضل بين الفضتين ولان يذهب بصنعته باطلا وليس كالحنطة يطحنها سويقا لان التفاضل بين الحنطة والسويق وان لم يلت جائز وقد تقدم من قوله ومن قول ابن القاسم في السويق ما يجب أن يتفاضل وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون فيمن غصب فضة فصاغها حليا ان لربها أخذها أو يضمنه مثل فضته لانه لاحق لعمل ظالم ووجه ذلك انه يمكن ردها الى ما كانت معه عليه كالجذع والحجر يدخل في البنيان وهذا يخالف صبغ الثوب وطحن القمح لانه لا يمكن ان يعاد الى ما كان عليه والله أعلم وأحكم (مسئلة) فان كان المستهلك من أحدهما مجهول العدد لزمت فيه القيمة أيضا لان اعتبار المثل مع الجهل بالوزن لا يكاد يسلم فيه من التفاضل بين الذهبين والورقين وذلك ممنوع باتفاق (مسئلة) ومن غصب كتانا فغزله أو منقوشا فغزله ثم نسجه ثوبا فعليه مثل الكتان فان لم يوجد مثله فقيمته يوم استهلاكه رواه ابن المواز عن أشهب قال وقال ابن القاسم عليه قيمة الغزل وجه ذلك انه عند أشهب قد انتقل الى اسم آخر وعند ابن القاسم قد انتقل الى جنس آخر يجوز التفاضل بينه وبين ما غصبه مع النسا والله أعلم وأحكم (مسئلة) ومن وجد طعامه بغير بلاد الغصب ففي كتاب ابن المواز عن أشهب هو مخير بين أخذه وأخذ مثله في موضع الغصب وقال سحنون لا أعرف قول أشهب هذا وانما له أخذه بمثله في موضع الغصب وكذلك روى أصبغ عن أشهب في العتبية والموازية وقاله ابن القاسم في الطعام والادام وكل ما يوزن أو يكال قال أصبغ ان كان البلد البعيد فالقول ما قال ابن القاسم وان كان قريبا كبعض الارياف والقرى ويحمل على الظالم بعض الحمل وجه قول أشهب ان نقله الى بلد آخر اما أن يكون زيادة لا غبن لها فذلك لا يمنع صاحب الحق من أخذ حقه وقد وجده بعينه أو يكون نقصا في الصفة فقد رضي بها وجه قول ابن القاسم ان الحمل زيادة في الطعام ليس له أن يعطي عنها عوضا لما يدخل ذلك من التفاضل بين الطعامين الذي وجب له بالنقل والذي نقل ولذلك يجبر صاحب الطعام فيهما ولا يجوز أيضا المسامحة بقدر الحمل لانه يؤدي الى ذلك والله أعلم (مسئلة) فاذا قلنا انه ليس له الا القيمة واذا اختارها صاحب الطعام على قول أشهب فلا يرفع الطعام المنقول الى الغاصب حتى يتوثق منه قال أشهب يحال بين الغاصب وبين الطعام حتى يوفي المغصوب منه حقه وقال أصبغ يتوثق له بحقه قبل أن يخلي بينه وبينه وقاله ابن المواز (مسئلة) ولو أتلف عسلا أو سمنا ببلد فلم يجد فيه مثله فقد حكى ابن المواز عن ابن القاسم عليه أن يأتيه بمثله وله أن لا يأخذ قيمته الا أن يصطلحا على أمر يجوز وقال أشهب رب الطعام مخير ان شاء صبر وألزمه المثل يأتي به وان شاء ألزمه القيمة الآن وقال ابن عبدوس اختلف في هذا كما اختلف في الفاكهة يسلم فيها فينقضي ابانها وقد بقي بعضها فالصبر حتى يؤتى بالطعام من هذا خير كالصبر حتى يأتي ابان الثمرة الى قابل قال ابن القاسم يلزم الطالب التأخير فيهما وقال أشهب يرد اليه رأس ماله في السلم ولا يجوز التأخير وقال في الطعام يأخذ قيمة الطعام ان شاء وان شاء أن يؤخر وهذا على أصله فسخ دين في دين وانما ينظر فان كان الموضع الذي يوجد فيه ذلك على يوم أو يومين أو ثلاثة أو الأمر القريب فليس له الا مثل طعامه يأتيه به وان كان على الطالب في تأخيره

تمر أو كان استهلكه في لج بحر أو بندر بعيد فعليه قيمته حيث استهلكه أخذ به حيث لقيه

(فصل) وقوله وانما الطعام بمنزلة الذهب والفضة يرد من الذهب الذهب ومن الفضة الفضة وذلك ان الذهب والورق لا يخلو أن أيضا أن يكونا معلومي القدر أو غير معلومي القدر فان كانا معلومي القدر فلا يخلو أن يكون غير مصوغ أو مصوغا فان كان غير مصوغ مثل أن يكون تبرا أو مضروبا فان هذا فيه المثل يرد من الذهب ذهبا ومن الفضة فضة في مثل ذلك القدر والصفة لان التماثل فيها موجود غير معدوم وانما يعدل الى القيمة اذا عدم التماثل (مسئلة) فان كان الذهب أو الفضة مصوغين فان عليه قيمته في مثل تلك الصياغة ان كان المستهلك ذهبا فقيمته من الفضة وان كان فضة فقيمته من الذهب رواه ابن القاسم عن مالك وجه ذلك ان الصياغة من جملة ما استهلك وعليه قيمتها والتماثل متعذر فيها لاسيما مراعاة جنس فضتها لان الدنانير والدراهم لا تضرب الا بعد ردها الى التماثل في الجنس والتماثل في السكة غير معدوم وأما الصائغ فلا يعتبر في وجود ما يصوغه شيأ بل يتفاوت جودة ما يصاغ من ذلك ولا يكاد يوجد فيها التماثل وكذلك جنس ما يصاغ منه يبعد فيه التماثل فلذلك لزمت فيه القيمة (مسئلة) ومن تعدى على سوارين لغيره فهشمهما فقد قال ابن القاسم في المجموعة والموازية عليه قيمة الصياغة من ذهب أو فضة وليس كالفساد الفاحش في العروض لانه أتلف الصنعة وقال أشهب عليه أن يصوغهما له وقد قال مالك فيهما وفي الجدار يهدمه فان لم يقدر أن يصوغهما فعليه ما نقص من قيمتهما مصوغين ومكسورين ولا أبالي قوما بذهب أو فضة وقال ابن المواز عليه قيمة ما نقصهما الصنعة وجه قول ابن القاسم أنه على الذهب وانما تعدى على الصياغة فكان عليه قيمتها لانها مما لا مثل له وجه قول أشهب عليه أن يصوغهما له لان الصياغة عنده مما لها مثل ولذلك قال فيمن استهلكهما لا ألزمه مثلهما لاني لا آمن أن يكون في ذلك أكثر من ذهبه أو أقل وفي الكثير انما يصوغ ذهبهما نفسه وهذا الذي قال غير متخلص لانه يلزمه أن يأتي بذهب مثله ويصوغ مثل تلك الصناعة ووجه قول ابن المواز عليه ما نقصتهما الصياغة انه نقص طرأ على الحلي لا يتصور انفراده دونه وهو مما لا مثل له فكان عليه ما نقص كما لو جنى على ثوب بتخريق ص ﴿قال يحيى وسمعت مالكا يقول اذا استودع الرجل مالا فابتاع به لنفسه وربح فيه فان ذلك الربح له لانه ضامن للمال حتى يؤد به الى صاحبه﴾ ش وهذا على حسب ما قال ان من تجر بمال استودعه فربح فيه فان الربح له وقد اختلف قول مالك في جواز السلف من الوديعة بغير اذن المودع فحكى القاضي أبو محمد في معونته ان ذلك مكروه وقد روى أشهب عن مالك في العتبية انه قال ترك ذلك أحب الي وقد أجازه بعض الناس فروجع في ذلك فقال ان كان له مال فيه وفاء وأشهد فارجو أن لا بأس به ووجه الكراهية ما احتج به القاضي أبو محمد لان صاحبها انما دفعها اليه ليحفظها لا لينتفع بها ولا ليصرفها فليس له أن يخرجها عما قبضها عليه وفي المدونة من رواية محمد بن يحيى عن مالك من استودع مالا أو بعث به معه فلا أرى أن يتجر به ولا أن يسلفه أحدا ولا يحركه عن حاله لاني أخاف أن يفلس أو يموت فيتلف المال ويضيع أمانته ووجه الرواية الثانية انا اذا قلنا ان الدنانير والدراهم لا تتعين فانه لا مضرة في انتفاع المودع بها اذا رد مثلها وقد كان له أن يرد مثلها ويتمسك بها مع بقاء أعيانها (مسئلة) وهذا فيما لا يتعين فأما ما يتعين فعلى ضربين ما له مثل كالمكيل والموزون والمعدود وما لا مثل له كالحيوان والعروض فأما ما له مثل فالأظهر عندي المنع منه ويجيء على قول القاضي أبي محمد انه يرى برد مثله اباحة ذلك وسيجيء ذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى وأما ما لا مثل له فلا شبهة في المنع منه وبالله التوفيق (فرع)

قال يحيى وسمعت مالكا يقول اذا استودع الرجل مالا فابتاع به لنفسه وربح فيه فان ذلك الربح له لأنه ضامن للمال حتى يؤديه الى صاحبه

وان تلفت الوديعة بعد ماتسلف منها في كتاب ابن المواز لايضمن الاماتسلف ورى ابن حبيب عن ابن الماجشون ان استودعها مصرورة فحل صرارها ثم تسلف منها شيأ ضمن جميعها تلفت بعد ان ردفيها ماتسلف أوقبله وكذلك لوحلها ولم يتسلف منها ولو أودعها منثورة لم يضمن غير ماتسلف منها (مسئلة) ومن استسلف شيأ من ذلك ورده فقد قال يحيى بن عمر اختلف قول مالك في الذي ينفق من وديعة عنده ثم رد ما أنفق فقال لاشئ عليه وبه أخذ ابن القاسم وأشهب وابن عبد الحكم وأصبغ وقال ابن حبيب سواء كانت منثورة أومصرورة وقال مالك أيضا لايبرأ وان رده لانه دين ثبت في ذمته وبهذا أخذ المدنيون من أصحاب مالك ورواه المصريون ولم يأخذوا به وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون اذا استودعها مصرورة فحل صرارها ثم تلف منها شئ بعد الرد ضمنه وان استودعها منثورة ثم رد ماتسلفه لم يضمنه وحكى القاضي أبو محمد عن مالك القول الأول من هذه الأقوال وحكى ابن الماجشون انه يلزمه الضمان على الاطلاق واحتج لقول مالك بان الذي أوجب عليه الضمان تعديه بالأخذ فاذا رد ما أخذ فقد زال التعدي وسقط عنه الضمان قال ولانه حافظ لها على الوجه الذي أمر به فلم يلزمه ضمان كحالة الابتداء وجه قول عبد الملك انه قد خرج عن الأمانة بأخذها على وجه التعدي فرده اياها لايزيل عنه الضمان كما لو جحدها ثم اعترف بها (فرع) اذا قلنا انه سقط عنه الضمان بالرد فان ذلك فيما له مثل كالذهب والفضة والحنطة والعسل وكل ما يكال ويوزن وأما فيما يلزم فيه القيمة فلا يسقط عنه الضمان حكى ذلك القاضي أبو محمد وهو معنى ماقال في المدونة انه ان رد مثل الثياب في الصفة والطول والعرض لم يبرئه ذلك عند ابن القاسم لان من استهلك لرجل ثوبا فقد لزمته قيمته ولم يكن له أن يخرج مكانها ثوبا (فرع) فاذا قلنا يبرأ برد المثل فيما له مثل فان أقام البينة برد المثل برئ وان ادعى ذلك من غير بينة فقد قال القاضي أبو محمد في ذلك روايتان احداهما يقبل لان ذلك موكول الى أمانته كادعائه التلف والثانية لايقبل لان ماتسلف قد تعلق بذمته فلا يبرأ منه الا ببينة أواقرار كسائر الديون ويحتمل أن يكون القاضي أبو محمد أشار الى ماروى عيسى عن ابن القاسم في المدنية انه لابينة عليه وقال مالك ان رده ببينة برئ والا لم يبرأ منه وبه أخذ ابن وهب ورواه محمد بن يحيى عن مالك وفي كتاب ابن المواز ان تسلفها ببينة لم يقبل قوله الا ببينة وان تسلفها بغير بينة فالقول قوله (مسئلة) فاذا قلنا يقبل قوله ففي المدونة القول قوله في رد ذلك ولم يذكر يمينا وقال في كتاب ابن المواز هو مصدق مع يمينه وقاله أشهب في كتابه قاله في المدونة لانه لو قال تلفت ولم آخذ منها شيأ لصدق وجه الرواية بنفي اليمين وهو ظاهر مافي المدونة انها يمين تهمة فلا يلزم المؤتمن ووجه الرواية الثانية ان الحق قد تعلق في ذمته فلا يصدق في براءته منه بمجرد دعواه (مسئلة) وهذا اذا تسلف منها بغير اذن صاحبها وأما من أودع وديعة فقيل له تسلف منها ان شئت فتسلف منها وقال رددتها فقد قال ابن شعبان لايبرئه رده اياها الا الى ربها وجه ذلك انه اذا قال ذلك رب المال صار هو المسلف فلا يبرأ المتسلف الا برد ذلك اليه وعندي انه يبرأ بردها الى الوديعة لانه على حسب ذلك كانت عنده قبل أن يتسلفها فاذا ردها الى ما كانت عليه برئ من الضمان والله أعلم

(فصل) وقولنا انه ان ابتاع به لنفسه فربح فالربح له لانه ضامن له يريد ان كان المال عينا وذلك ان الوديعة لايخلو أن تكون عينا أوغير عين فان كانت عينا فمذهب مالك ان ما ابتاع به له وان الربح في ذلك له والخسارة عليه وهذا عندي مبني على أن الدنانير والدراهم لاتتعين بالغصب ولذلك قال

انه لو كانت الوديعة طعاما فباعه بثمن فان صاحبه مخير بين امضاء البيع وأخذ الثمن أو تضمينه مثل طعامه ووجه ذلك ان هذا انما يتعين بالصفة ويتعلق بذلك معنى آخر وهو ان المودع لم يبطل على المودع غرضه من الدراهم لانه انما أمره بحفظها ولو كانت بضاعة أمره أن يشتري بها سلعة معينة أو غير معينة فاشترى بها سلعة لنفسه فان صاحب البضاعة مخير بين أن يضمنه مثل بضاعته أو يأخذ ما اشترى بها ووجه ذلك انه قد رام أن يبطل عليه غرضه من بضاعته ويستبد بربحها فلم يكن ذلك له

(مسئلة) وابتياعه لنفسه انما يؤثر في العقود التي من شرطها التناجز في المجلس ففي كتاب ابن المواز لو كانت الوديعة دراهم فصرفها بدنانير أو دنانير فصرفها بدراهم لنفسه فليس لربها الا ما كان له وليس له أن يأخذ ما صرفها به الا أن يرضى المودع فان صرفها لربها لا يحل له أن يأخذ ما صرفها به وان رضي بذلك ولكن يصرف هذه ان كانت دراهم بمثل دنانيره فما كان من فضل فلربها وما كان من نقص ضمنه المتعدي بخلاف التعدي في العروض التي يكون ربها مخيرا في التعدي عليه ووجه ذلك انه اذا صرف الدراهم لنفسه صح الصرف فيها واذا صرفها لصاحبها كان بالخيار فمنع ذلك صحة الصرف فان بانكار من صارفه أو مغيبه لم يحل لصاحب الدراهم أخذ عوضها من الذهب لان ذلك امضاء منه لصرف الخيار وهذا مذهب مالك في أن ربح الوديعة للمودع وبه قال أبو بكر بن عبد الرحمن وربيعة وقال أبو حنيفة يتصدق بالربح ولا شيء منه للمودع ولا للمودع وقال الشافعي ان اشترى بذلك المال بعينه فالربح لصاحبه وان اشترى بمال غيره معين فقضى من الوديعة فالربح للمودع ووجه ذلك قول مالك انه اغتصب عددا فلم يكن عليه غيره كما لو اشترى به ثوبا يساوي أكثر من ثمنه فلبسه أو وهبه

(فصل) وقوله لانه ضامن للمال حتى يوفيه الى صاحبه يريد على أصل مالك أو الى من يقوم مقامه في القبض له لانه اذا ردّه الى الوديعة فقد ردّه الى صاحبه لان يد المودع تنوب عن يد صاحبه فاذا نوى ردّه ووجد منه من العمل ما يتم به ذلك فقد ردّه الى صاحبه وهذا على مذهب مالك وأما على مذهب ابن الماجشون في المصروف لا يبرأ الا بردّه الى صاحبه في رواية ابن حبيب عنه أو على رواية القاضي أبي محمد عنه في اطلاق ذلك والأمر أبين والله أعلم وأحكم

﴿ القضاء فيمن ارتد عن الاسلام ﴾

ص ﴿ يحيى عن مالك عن زيد بن أسلم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من غير دينه فاضربوا عنقه ومعنى قول النبي صلى الله عليه وسلم فيما نرى والله أعلم من غير دينه فاضربوا عنقه انه من خرج من الاسلام الى غيره مثل الزنادقة وأشباههم فان أولئك اذا ظهر عليهم قتلوا ولم يستتابوا لانه لا تعرف توبتهم وانهم كانوا يسرون الكفر ويعلنون الاسلام فلا أرى أن يستتاب هؤلاء ولا يقبل منهم قولهم وأما من خرج من الاسلام الى غيره وأظهر ذلك فانه يستتاب فان تاب والا قتل وذلك لو أن قوما كانوا على ذلك رأيت أن يدعوا الى الاسلام ويستتابوا فان تابوا قبل ذلك منهم وان لم يتوبوا قتلوا ولم يعن بذلك فيما نرى والله أعلم من خرج من اليهودية الى النصرانية ولا من النصرانية الى اليهودية ولا من يغير دينه من أهل الأديان كلها الى الاسلام فمن خرج من الاسلام الى غيره وأظهر ذلك فذلك الذي عني به والله أعلم ﴾ ش قوله عليه السلام من غير دينه فاضربوا عنقه فقد قال مالك ان عناه من خرج من الاسلام الى غيره على وجه لا يستتاب فيه كالزنادقة وفي كتاب ابن سحنون ان معنى قوله

﴿ القضاء فيمن ارتد عن الاسلام ﴾

* حدثنا يحيى عن مالك عن زيد بن أسلم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من غير دينه فاضربوا عنقه ومعنى قول النبي صلى الله عليه وسلم فيما نرى والله أعلم من غير دينه فاضربوا عنقه انه من خرج من الاسلام الى غيره مثل الزنادقة وأشباههم فان أولئك اذا ظهر عليهم قتلوا ولم يستتابوا لانه لا تعرف توبتهم وانهم كانوا يسرون الكفر ويعلنون الاسلام فلا أرى أن يستتاب هؤلاء ولا يقبل منهم قولهم وأما من خرج من الاسلام الى غيره وأظهر ذلك فانه يستتاب فان تاب والا قتل وذلك لو أن قوما كانوا على ذلك رأيت أن يدعوا الى الاسلام ويستتابوا فان تابوا قبل ذلك منهم وان لم يتوبوا قتلوا ولم يعن بذلك فيما نرى والله أعلم من خرج من اليهودية الى النصرانية ولا من النصرانية الى اليهودية ولا من يغير دينه من أهل الأديان كلها الى الاسلام فمن خرج من الاسلام الى غيره وأظهر ذلك فذلك الذي عنى به

صلى الله عليه وسلم من غير دينه فاقتلوه يعنى بعد الاستتابة فان تاب ترك فحمل ذلك على المرتد المظهر لارتداده وذلك أن من انتقل الى غير دين الاسلام لا يخلو أن يسر كفره أو يظهره فان أسره فهو زنديق قال ابن القاسم في العتبية من رواية عيسى من أسر من الكفر دينا خلاف ما بعث الله به محمدا صلى الله عليه وسلم من يهودية أو نصرانية أو مجوسية أو منانية أو غيرها من صنوف الكفر أو عبادة شمس أو قمر أو نجوم ثم اطلع عليه فليقتل ولا تقبل توبته قال ابن المواز ومن أظهر كفره من زندقة أو كفر برسول الله صلى الله عليه وسلم أو غير ذلك ثم تاب قبلت توبته وروى سحنون وابن المواز عن مالك وأصحابه يقتل الزنديق ولا يستتاب اذا ظهر عليه قال سحنون ان تاب لم تقبل توبته وهذا أحد قولى أبي حنيفة وله قول آخر تقبل توبته وبه قال الشافعي والدليل على ما نقوله قوله تعالى فلما رأوا بأسنا قالوا آمنا بالله وحده وكفرنا بما كنا به مشركين فلم يك ينفعهم ايمانهم لما رأوا بأسنا قال جماعة من أهل العلم البأس ههنا السيف ودليلنا من جهة السنة ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من بدل دينه فاقتلوه واحتج مالك لذلك بأن توبته لا تعرف وقال سحنون لما كان الزنديق يقتل على ما أسر لم تقبل توبته لان ما يظهر لا يدل على ما يسر لانه كذلك كان فلا علامة لنا على توبته والمرتد يقتل على ما أظهر فاذا أظهر توبته أبطل بها ما أظهر من الكفر قال وأجمع العلماء على أن من جاهر بالفساد والسفه قبلت توبته وصار الى العدالة ومن شهد بالعدالة وشهد بالزور لم تقبل شهادته وان أظهر الرجوع عما ثبت عليه (مسئلة) واذا أقر الزنديق بكفره قبل أن يظهر عليه فهل تقبل توبته أم لا قال أصبغ في العتبية عسى أن تقبل توبته وحكى القاضي أبو الحسن ذلك (مسئلة) ومن تزندق من أهل الذمة ففي كتاب ابن حبيب عن مالك ومطرف وابن عبد الحكم وأصبغ لا يقتل لانه خرج من كفر الى كفر وقال ابن الماجشون يقتل لانه دين لا يقر عليه أحد ولا يؤخذ عليه جزية قال ابن حبيب لا أعلم من قاله غيره ويحتمل أن يريد بالزندقة ههنا الخروج الى غير شريعة مثل التعطيل ومذاهب الدهرية ويحتمل أن يريد الاستسرار بما خرج اليه والاظهار لما خرج عنه والأول أظهر (فرع) واذا أسلم اليهودى الذى تزندق فقد روى أبو زيد الأندلسى عن ابن الماجشون انه يقتل كالمسلم يتزندق ثم يتوب

(فصل) وقول مالك وأما من خرج من الاسلام الى غيره فأظهر غير ذلك فانه يستتاب فان تاب والا قتل وبه قال عمر بن الخطاب وعلى بن أبي طالب وعثمان بن عفان وسيأتى ذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى وروى سحنون عن عبد العزيز بن أبي سلمة انه قال لا بد أن يقتل وان تاب والدليل على ما نقوله قول الله تعالى فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وخذوهم واحصروهم واقعدوا لهم كل مرصد فان تابوا وأقاموا الصلاة وآتوا الزكاة فخلوا سبيلهم ان الله غفور رحيم وقوله تعالى وهو الذى يقبل التوبة عن عباده ويعفو عن السيآت ويعلم ما يفعلون ومن جهة المعنى انها معصية لم يتعلق بها حد ولا حق لمخلوق كسائر المعاصى (مسئلة) ولا عقوبة على المرتد اذا تاب رواه في العتبية وفي الموازية أشهب عن مالك والدليل على ذلك قوله تعالى قل للذين كفروا ان ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف ومن جهة المعنى ان هذا منتقل من كفر الى ايمان فلم يجب عليه عقوبة بما تقدم من الكفر كالنصرانى يسلم (مسئلة) ويستتاب ثلاثة أيام فان تاب فيها والا قتل وهو أحد قولى الشافعي وله قول ثان يستتاب في الحال فان تاب والا قتل وقد رواه القاضي أبو الحسن عن مالك وروى عن أبي حنيفة يستتاب ثلاث مرات في ثلاثة أيام أو ثلاث جمع ودليلنا من جهة المعنى ان كل

من قبلت توبته عرضت عليه كسائر الكفار (مسئلة) وليس في استتابة المرتد تخويف ولا تعطيش في قول مالك وقال أصبغ يخوف في الثلاثة الأيام بالقتل ويذكر الاسلام ويعرض عليه ووجه قول مالك ان هذا اكراه بنوع من العذاب فلم يؤخذ به في مدة الاستتابة كالضرب وقطع الأعضاء (مسئلة) والعبد في ذلك بمنزلة الحر والمرأة كالرجل قاله مالك والشافعي وقال أبو حنيفة لا تقتل المرتدة والدليل على ما نقوله ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من بدل دينه فاقتلوه وهذا عام ومن جهة القياس انه سبب يقتل به الرجل فجاز أن تقتل به المرأة كالقتل (مسئلة) وسواء كان المرتد ممن ولد على الاسلام أو لم يولد عليه قال مالك هم سواء يستتابون كلهم فان تابوا والا قتلوا رواه ابن القاسم عنه في الموازية وغيرها وجه ذلك انه خارج عن دين الاسلام الى غيره فكان حكمه ما تقدم كالذي بدله وهو على الاسلام (مسئلة) ومن كان اسلامه عن ضيق أو غرم أو خوف ثم ارتد فقد قال مالك وابن القاسم له في ذلك عذر وقال أشهب لا عذر له وان علم أن ذلك عن ضيق وقال أصبغ قول مالك أحب الى الا أن يقيم على الاسلام بعد ذهاب الخوف فهنا يقبل وأنكر ابن حبيب قول ابن القاسم قال سواء كان ذلك عن ضيق أو غيره ويقتل ان رجع قاله مطرف وابن الماجشون عن مالك وجه الرواية الأولى ان فعل المكره لا حكم له وهذا لما دخل في الاسلام كرها لم يثبت له حكمه ووجه الرواية الثانية قول الرب تعالى فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم الى غفور رحيم فأمر بقتلهم وان دخلوا الاسلام على ذلك ثبت لهم حكمه (مسئلة) فاذا قلنا لا يقتل على الردة من أسلم عن ضيق خراج أو جزية أو مخافة فقد قال أصبغ يؤمر بالرجوع الى الاسلام ويحبس ويضرب فان رجع والا ترك وجه ذلك أنا لا نعلم قطعا انه لم يرد الاسلام فلذلك ندعوه اليه ونشدد عليه في مراجعته ولا يبلغ القتل لما ثبت من ظاهر أمره والله أعلم وأحكم ص ﴿ مالك عن عبد الرحمن بن محمد بن عبد الله بن عبد القاري عن أبيه أنه قال قدم على عمر بن الخطاب رجل من قبل أبي موسى الأشعري فسأله عن الناس فأخبره ثم قال له عمر هل كان فيكم من مغربة خبر فقال نعم رجل كفر بعد اسلامه قال فما فعلتم به قال قربناه فضربنا عنقه فقال عمر أفلا حبستموه ثلاثا وأطعمتموه كل يوم رغيفا واستتبتموه لعله يتوب ويراجع أمر الله ثم قال عمر اللهم اني لم أحضر ولم آمر ولم أرض اذ بلغني ﴾ ش قوله أن رجلا قدم على عمر من قبل أبي موسى فسأله عن الناس فأخبره على حسب ما يلزم الامام من السؤال عمن غاب عنه من رعيته ليعرف أحوالهم ويسأل عن ذلك الوارد والصادر حتى لا يخفى عليه شئ من أحوال الناس لانه اذا خفيت عليه أحوالهم لم يمكنه تلافي ما ضاع منها

(فصل) وقوله ثم قال له هل فيكم من مغربة خبر سأله أولا عن المعهود من أحوال الناس وما يعمهم ثم سأله عما عسى أن يطرأ من الأمور التي تستغرب وليست بمعتادة فأخبره أن رجلا كفر بعد اسلامه وهذا يقتضي انه كان نادرا عندهم مما يستغرب ولا يكاد يسمع به ولذلك حكم فيه أبو موسى بحكم مخالف لما يراه عمر بن الخطاب ولو كان أمرا يكثر ويتكرر لكان عند أبي موسى وغيره من الأمراء ما يعتقده في ذلك عمر لانه يظهره فيوافقه أصحابه فيشيع ذلك أو يظهر مخالفه من أخطأ فيشيع ذلك

(فصل) وقوله فما فعلتم به بحث عن حكمهم فيه وتعرف له ليأمر باستدامة الصواب والاقلاع عن الخطأ فقال قدمناه فضربنا عنقه ولم يذكر استتابة ولا غيرها وقد كان يحتمل أن يقتل بعد الاستتابة

* وحدثني مالك عن عبد الرحمن بن محمد بن عبد الله بن عبد القاري عن أبيه أنه قال قدم على عمر بن الخطاب رجل من قبل أبي موسى الاشعري فسأله عن الناس فأخبره ثم قال له عمر هل كان فيكم من مغربة خبر فقال نعم رجل كفر بعد اسلامه قال فما فعلتم به قال قربناه فضربنا عنقه فقال عمر أفلا حبستموه ثلاثا وأطعمتموه كل يوم رغيفا واستتبتموه لعله يتوب ويراجع أمر الله ثم قال عمر اللهم اني لم أحضر ولم آمر ولم أرض اذ بلغني

وابايته من المراجعة لكن عمر رضي الله عنه فهم منه ترك الاستتابة والمسارعة الى قتله بنفس كفره وقد احتج أصحابنا على وجوب استتابته بقول عمر هذا وأن لا مخالف له وهذا لا يصح الا بأحد وجهين اما أن يحمل فعل أبي موسى على انه قتل بعد الاستتابة ولعل الناقل لم يعلم بها وان ثبت بعد ذلك رجوع أبي موسى وغيره ممن وافقه على خلاف قول عمر رضي الله عنه والا فأبو موسى ومن وافقه على ذلك يمنع انعقاد الاجماع على قول عمر

(فصل) وقوله أفلا حبستموه ثلاثا وأطعمتموه كل يوم رغيفا يحتمل أن يأخذ الثلاث من قول الله تعالى تمتعوا في داركم ثلاثة أيام ذلك وعد غير مكذوب ولان الثلاث قد جعلت أصلا في الشرع في اعتبار معان واختيارها في المصراة وفي استظهار المستحاضة وعهدة الرقيق وغير ذلك من المعاني واطعامه الرغيف كل يوم معناه أن لا يوسع عليه من الانفاق توسعة يكون فيها احسان اليه وانما يعطى ما يبقى به رمقه على وجه لا يستضر به ولا يكون منه تعذيب له وقد روى في المدنية عن ابن القاسم انه قال ليس العمل على قول عمر في أن يطعم المرتد كل يوم رغيفا ولكن يطعم ما يكفيه ويقوته ولا يجوع وانما يطعم من ماله قال ابن مزين يعني في غير توسع ولا تفكه قال مالك في الموازية بقوت من الطعام بما لا يضره والله أعلم وانما أراد ابن القاسم بقوله ليس العمل على قول عمر يطعم كل يوم رغيفا يعني أن لا يجعل ذلك حدا ولم يرد عمر أن يجعله حدا وانما أشار الى قلة مؤنته ويساره ورا ثته في ماله ان كان له مال أو بيت مال المسلمين ان لم يكن له مال

(فصل) وقوله واستتبتموه لعله يتوب ويراجع أمر الله تعالى يريد به الرجوع الى الاسلام لانه الذي أمر الله به وهذا يدل على انه من خرج من كفر الى كفر لا يستتاب ولا يعرض له وقد قال مالك ان معنى قوله صلى الله عليه وسلم من غير دينه فاقتلوه يريد الدين الذي رضيه الله ودعا اليه وأما من خرج من ملة الكفر الى غيره فلم يغير بذلك دينه الذي شرع له قال مالك سواء خرج الى دين مجوس أو كتاب

(فصل) وقوله اللهم اني لم أحضر ولم آمر ولم أرض اذ بلغني تبرؤ من الأمر وتصريح بخطأ فاعله ولا يكون ذلك الا بنص من النبي صلى الله عليه وسلم أو اجماع بعده وقد قال سحنون ان أبا بكر استتاب أهل الردة وقد روى عيسى عن ابن القاسم أن الصديق استتاب أم قرفة اذ ارتدت فقتلها فلعله ثم علم بانعقاد الاجماع على ذلك في زمن أبي بكر وفعل أبو موسى غير ذلك فأنكره عليه عمر والا فاذا كان أبو موسى من أهل الاجتهاد وحكم باجتهاده فيما لا نص فيه ولا اجماع لغير ما يراه عمر لم يبلغ عمر من الانكار عليه بهذا الحد ولم يجز لأبي موسى ذلك لما جاز أن يوليه الحكم حتى يطالعه على قضيته وفي هذا من فساد أحوال الناس وتوقف الأحكام ما لا خفاء فيه والله أعلم وأحكم

﴿ القضاء فيمن وجد مع امرأته رجلا ﴾

حدثنا يحيي عن مالك عن سهيل بن أبي صالح السمان عن أبيه عن أبي هريرة أن سعد بن عبادة قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم أرأيت ان وجدت مع امرأتي رجلا أأمهله حتى آتي بأربعة شهداء فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم نعم

﴿ ش ﴾ قوله أرأيت ان وجدت مع امرأتي رجلا أأمهله حتى آتي بأربعة شهداء على سبيل الاستعلام من قبله لان ابن عبادة كان يقول ان وجده لم يصبر على الصبر على ذلك

ويضربه بسيف غير مصفح فأتى بهذا القول على سبيل الحجة ليخبر به عن نفسه من شدة غيرته والاظهار لعذره

(فصل) وقول النبي صلى الله عليه وسلم نعم على معنى المنع له من قتله وانه لا يقتل في قوله انه وجده مع امرأته والا فله أن يدفعه ويصرفه عن منزله ولا يجب عليه تخليته معها وانما ذلك على وجه المنع له من قتله بما يدعيه من فعله ص ﴿ مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب أن رجلا من أهل الشام يقال له ابن خيبري وجد مع امرأته رجلا فقتله أو قتلهما فأشكل على معاوية بن أبي سفيان القضاء فيه فكتب الى أبي موسى الاشعري يسئل له على بن أبي طالب عن ذلك فسأل أبو موسى عن ذلك على بن أبي طالب فقال له على ان هذا الشئ ماهو بأرضي عزمت عليك لتخبرني فقال له أبو موسى كتب الى معاوية بن أبي سفيان أسألك عن ذلك فقال على أنا أبو حسن ان لم يأت بأربعة شهداء فليعط برمته ﴾ ش قوله ان رجلا من أهل الشام وجد مع امرأته رجلا فقتله أو قتلهما ثم قامت عليه بينة بذلك أو اعترف به فأشكل على معاوية القضاء في ذلك وكتب الى أبي موسى الاشعري يسئل له عن ذلك على بن أبي طالب وهذا يدل على فضله وتوقفه لايعلمه وسؤاله عن ذلك من يثق بعلمه ويتسبب اليه بكل ما يمكنه وان كان المسؤل منابذا له

(فصل) وقول على رضي الله عنه ان هذا الشئ ماهو بأرضي يريد انه لو كان ليبلغه خبره وتقدم الاستعداء على ذلك على من فعله لاسيما وهو مما لم يتقدم فيه حكم شهير فيتعلق به من أراد الحكم فيه ثم قال لأبي موسى عزمت عليك لتخبرني على معنى تبيين القصة والبحث عنها بأكثر ما يمكن وربما احتاج ان كان من أهل عمله الى أن يشخص الخصوم في ذلك ليبالغ في تفهيم القضية

(فصل) وقوله أنا أبو حسن مما تستعمله العرب عند اصابة ظنه كما أصاب ظنه بان ذلك لم يكن بأرضه وروى ذلك ابن مزين عن عيسى ثم قال ان لم يأت بأربعة شهداء فليعط برمته يريد والله أعلم ان لم يأت بأربعة شهداء يشهدون على الزنى بين المنولين أعطى برمته يريد يسلم الى أولياء المقتول يقتصون منه ان شاؤا (مسئلة) ولو طعن رجلا أو جرحه فقد روى ابن حبيب عن ابن الماجشون أن قاتله فكسر رجله أو جرحه ان ذلك جبار وان قتله فانه يقتل الا أن يأتي بأربعة شهداء يشهدون على الزنى بينهما وجه ذلك ان وجوده في داره أوجب له أن يسلط عليه بالضرب والاذى والابعاد فان قاتله ومنعه من خروجه كان له مدافعته عن ذلك بما يؤدي الى الجراح وما أشبهها وأما القتل فلا يستباح الا ببينة لما ورد الشرع به من حقن الدماء (مسئلة) وفي العتبية والموازية عن ابن القاسم قول على عندي ذلك في الثيب والبكر لأنه ادا جاء بأربعة شهداء انه وطئها لم يقتص منه او احدهما قال وهو عندي معنى قول على انه لا قتل بقتل الثيب ولا البكر اذا قامت بينة بما زعم وذلك أنه رجل به مثل هذا يخرج من عقله ولا يكاد يملك ... حق من حمل عليه (فرع) فاذا قلنا انه لا يقتل بها وان كانا بكرين فقد قال ابن القاسم في المدينة عليه الدية في البكر وقاله ابن كنانة وقال ابن عبد الحكم لا شئ عليه وان كان بكرا اذا كان قد كثر التشكي منه قاله ابن مزين وقال شيرا ابن القاسم دمه هدر في البكر والثيب و... اخطأ بغير دم في شبهه هذا من التعدي وقال ابن حبيب عن ابن الماجشون يؤدب ... وجب عليه القتل دون الامام وهذا في الثيب ويقتل في البكر وجه قول ابن القاسم ان من قتل من لا يجب عليه القتل فاذا لم يجب القصاص للشبهة لزمت الدية وجه قول من أهدر دمه انه عمد

* حدثني مالك عن يحيى ابن سعيد عن سعيد بن المسيب أن رجلا من أهل الشام يقال له ابن خيبري وجد مع امرأته رجلا فقتله أو قتلهما فاشكل على معاوية بن أبي سفيان القضاء فيه فكتب الى أبي موسى الاشعري يسأل له على بن أبي طالب عن ذلك فسأل أبو موسى عن ذلك على بن أبي طالب فقال له على ان هذا الشئ ما هو بأرضي عزمت عليك لتخبرني فقال له أبو موسى كتب الى معاوية ابن أبي سفيان أسألك عن ذلك فقال على أنا أبو حسن ان لم يأت بأربعة شهداء فليعط برمته

لايجب به القصاص فلم تجب به الدية وأصل ذلك من قتله قصاصا ووجه قول ابن الماجشون
ان الثيب قد وجب عليها القتل بالزنى والاحصان فليس على قاتله قتل وانما على قاتله فى ذلك
العقوبة لافتياته فى ذلك دون الامام وأما البكر فليس عليه القتل بالزنى فمن قتله
قتل به (فرع) فاذا قلنا تجب عليه الدية فقد قال ابن القاسم والمغيرة وابن
كنانة دية الخطأ ووجه ذلك ان القاتل لما فجأه من الغضب الذى سببه
من الزانى يصير فى حكم المغلوب الذى لاعقل له فكانت جنايته
خطأ وحكى ابن مزين عن أصبغ ان الدية فى مال
القاتل ووجه ذلك انه خطأ غير متيقن ليست
شبهته بالقوية فأشبه اقرار القاتل بالخطأ
انه فى ماله والله أعلم وأحكم وهو
حسبنا ونعم الوكيل ولا
حول ولا قوة الا
بالله العلى
العظيم

﴿تم الجزء الخامس من المنتقى للامام الباجى ويليه الجزء السادس منه وأوله القضاء فى المنبوذ﴾